ALBERTO RICARDO DALLA VIA

Manual de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD CATÓLICA
BIBLIOTECA CENTRAL
36.969
SALTA

LexisNexis®

Dalla Vía, Alberto Ricardo, Manual de derecho constitucional. 1ª. ed. Buenos Aires : Lexis Nexis, 2004.

752 p. ; 23x16 cm.

ISBN 987-1178-04-2

1. Derecho Constitucional. I. Título

CDD 342

I.S.B.N.: 987-1178-04-2

LexisNexis Argentina S.A.©
Carlos Pellegrini 887 3ª Pisó (C1009ABQ) Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54-11) 5236-8800 - Fax: (54-11) 5236-8811
info@lexisnexis.com.ar

Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina

Se terminó de imprimir el día 12 de agosto de 2004,
en Encuadernación Latino América S.R.L.
Zeballos 885, Avellaneda, Pcia. De Buenos Aires, Argentina
Tirada: 1650 ejemplares

A mis alumnos y ex alumnos.

Nuevamente a Marcela, Patricio, Luciano y Camila, quienes están en todos mis proyectos.

A mis padres y a mis hermanos.

A la memoria de Alberto Antonio Spota y de Carlos Santiago Nino.

A Jorge Reinaldo Vanossi, Germán J. Bidart Campos, Augusto Mario Morello y Humberto Quiroga Lavié.

A mis discípulos y colaboradores, esperando poder transmitirles lo aprendido de mis maestros.

PRÓLOGO

Desde siempre he entendido como una de las obligaciones naturales que tenemos los profesores de Derecho, la de escribir un manual destinado a los alumnos que les permita seguir el desarrollo de los cursos con una bibliografía metódica, actualizada y accesible, que los desligue de las complicaciones de la dispersión en la información y a su vez los prevenga, seriamente y sin excusas, de las tentaciones facilistas de apuntes mal escritos o fotocopias que agreden la sana y prudente amistad con los textos y vulneran derechos intelectuales que la legislación argentina protege.

Un recordado profesor que tuve en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Emilio Lledó Iñigo, nos incitaba a la lectura directa de los textos, en clases memorables que tenían lugar por la tarde, en las que reflexionábamos sobre la letra, las expresiones y los significados. En una exquisita obra acerca de *El silencio de la escritura*, publicada por el fondo editorial del propio Centro, nos internaba en esa irremplazable relación del lector con el libro, en ese silencio conmovedor que nos permite internarnos placenteramente hacia el saber adquirido. Quien no aprecie esa sensación, es bien difícil que adopte la actitud hacia el conocimiento, y esa es una carrera que no puede perderse desde el principio.

Ahora podemos decir: ¡he aquí el texto!, esperando que el juicio del lector sea de aprecio. Hemos puesto en él distintas reflexiones sobre cada tema y la experiencia docente desarrollada durante muchos años en la cátedra. No obstante, al momento de su publicación, el libro se independiza del autor, toma vida propia y de allí en adelante la relación que se entable será ese vínculo silencioso entre texto y lector al que antes referíamos.

Como ninguna obra es fruto de la casualidad, ni nace por generación espontánea, debo decir que todo lo que pude hacer y haber aprendido lo debo a los grandes Maestros que la vida y la fortuna me permitieron encontrar en mi camino, establecer sólidos lazos académicos e intelectuales y recibir a su tiempo, el privilegio de conversaciones directas que fueron para mí importantísimas lecciones de vida.

Debo comenzar con el Dr. Alberto Antonio Spota en cuya cátedra me formé y donde desarrollé todos los pasos de la carrera docente hasta alcanzar

el cargo de profesor adjunto ordinario y quien nunca dejó de estar presente en cada momento importante de mi vida, estoy seguro que desde algún lugar en el infinito celebrará la aparición de este libro que tanto le debo.

También debo mirar hacia el cielo para recordar al Dr. Carlos Nino con quien tuve el privilegio de trabajar en el Consejo para la Consolidación de la Democracia y que me aportó una visión más crítica y deliberativa de los problemas constitucionales, allí también tuve el privilegio de trabajar con el Dr. Genaro Carrió y compartir inolvidables discusiones.

Al Dr. Augusto Mario Morello le debo su cálida amistad cuando yo vivía en España y compartía el departamento con su hijo Roberto. Nos visitaba con frecuencia y nos guiaba en la discusión de nuestra tesis, nos alentaba permanentemente y fue él quien me publicara mi primer artículo en Jurisprudencia Argentina.

Al Dr. Germán J. Bidart Campos le debo que haya aceptado dirigir mi tesis doctoral en la Universidad de Buenos Aires, por pedido del Dr. Spota, quien nos puso en contacto. Conté con su guía, su bondad y su inigualable humildad. Trabajé también con él en su cátedra de Derechos Humanos y Garantías donde me desempeñé como profesor adjunto.

Con el Dr. Humberto Quiroga Lavié tuve el honor de colaborar durante la reforma constitucional de 1994, y cambiar y discutir ideas, y a pesar de que nuestras coincidencias eran menos frecuentes que las discrepancias supe valorar su ímpetu por reformar el derecho constitucional.

Debo un agradecimiento especial y en párrafo aparte al Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, a quien admiré desde mis comienzos como ayudante por su inteligencia y aporte original y con quien tuve el privilegio de trabajar durante seis años en el Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado de la Universidad de Belgrano. Me honró con su amistad personal y me premió con la realización de varios proyectos en común.

De todos ellos aprendí y me nutrí y por eso no puedo dudar en considerarme muy afortunado.

La aparición de este *Manual* coincide con los diez años de la reforma constitucional de 1994. En buena medida el libro acepta la oportunidad de realizar un balance de las propuestas y un análisis de temas que aún se encuentran abiertos. El método es expositivo pero sin rehuir el debate y análisis crítico que una concepción de la democracia deliberativa requiere.

Lo cierto es que desde la reforma constitucional se han publicado distintas constituciones comentadas, entre las que se cuentan algunas de nuestra autoría, pero muy pocos manuales o libros de texto sobre la materia. La textura abierta que dejó la reforma constitucional, con tantos temas pendientes de definición institucional nos llevó a nosotros —y seguramente también a otros autores— a una actitud de espera prudente hacia un desarrollo legislativo que fuera definiendo tales temas. En algunos casos ello ocurrió, pero en otros tantos la deuda institucional sigue pendiente. Posiblemente el caso paradigmático sea el del mecanismo de formación y sanción de las leyes, al que hemos dedicado un capítulo específico para pasar revista a nuestro *law-making process* que es la esencia de una norma constitucional, es decir, de qué modo o de qué manera se expresa la voluntad general hecha ley. Otro caso paradigmático, pendiente, es el del federalismo fiscal o la distribución de recursos y competencias dentro del federalismo argentino y que, en buena medida, define su contenido y esencia, y está también pendiente. En tales condiciones, la enseñanza del proceso legislativo, así como la del federalismo como forma de Estado, se tornan una enseñanza *in fieri*, es decir, sobre la marcha o sobre el desarrollo de los acontecimientos.

Hemos procurado seguir los lineamientos clásicos de una obra de derecho constitucional, de manera que después de un capítulo imprescindible de historia constitucional y otro también necesario de teoría constitucional, pasamos a recorrer el articulado de la norma fundamental a partir de su explicación doctrinaria. El acompañamiento del texto y, en su caso, de la jurisprudencia son complementos importantes para conformar un visión completa y sintetizadora de esta tan interesante materia.

El orden de exposición de los temas es, en principio, el que surge de la propia Constitución Nacional. Decimos en principio porque se trata de una guía y no de un esquema rígido como el que presentan las constituciones comentadas. En nuestro caso, hemos decidido alterar el orden del articulado constitucional en muchos casos en que lo consideramos conveniente por razones expositivas, pero procurando siempre que ése fuera un recurso excepcional y no la regla general.

De ese modo, al seguir un lineamiento clásico y no alterar el orden establecido por el constituyente, en aras de cualquier pretensión sistemática, dejamos amplio margen a la libertad de cátedra y al uso del texto que decida imponer el profesor en cuanto a su tratamiento. Entendemos que esa metodología es la más apta y favorable para el desarrollo de las distintas posibilidades.

Hemos procurado asimismo que la lectura sea amena y narrativa, evitando la sobreabundancia de citas y remisiones, y encadenando la explicación en derredor de los principios de supremacía y de unidad, que gobiernan el texto constitucional. Algunas de estas cuestiones son tratadas minuciosamente, tanto al exponer una teoría general de la Constitución en el capítulo II como al volver sobre ellos puntualmente en el orden respectivo del articulado. La importancia que asignamos a la claridad expositiva e interpretativa la resaltamos en la propuesta o sostenimiento de un principio constitucional de claridad, que en nuestra opinión complementa la regla de la razonabilidad enunciada en el artículo 28 de la norma fundamental.

No puede desconocerse o negarse que el dinamismo está en la misma esencia del derecho constitucional, por ser la rama del derecho que se encuentra más vinculada al ámbito de lo político y, por ende, más sujeta a los vaivenes del marco institucional. Pero la Constitución es también el anclaje, el deber ser, o para decirlo en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "el arca guardadora de nuestras más sagradas libertades", y la misma decisión de sancionarla o reformarla se funda en la garantía de su perdurabilidad como norma superior del sistema de derechos y libertades que la fundan.

Movidos por esas preocupaciones, hace pocos años publicamos con otra editorial un manual de casos de jurisprudencia destinado también a la enseñanza en la cátedra, pero dijimos allí que el método de casos era considerado un recurso académico complementario de gran valía que no excluía la necesidad del conocimiento teórico. El manual que ahora presentamos contiene la doctrina que explica el contenido de la Constitución, no solamente a los abogados y estudiantes de Derecho, sino que también pretende hacerlo para los ciudadanos y para los estudiantes secundarios, a quienes tenemos la obligación de fortalecer en el esfuerzo educativo que el país nos demanda porque, como enseñara el primer profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Domingo Faustino Sarmiento, no hay objetivo más importante ni más loable que el de educar al soberano.

Si entre pueblo y Nación hay algunas diferencias conceptuales, que también se explican en este libro, no son pocos los puntos de coincidencia entre ambos términos; y como surgiera de los debates del Congreso General Constituyente de 1853, en los albores de la organización nacional y en la voz de Juan María Gutiérrez, la Constitución no es otra cosa más que la Nación argentina hecha ley. Nada más ni nada menos. Pocas palabras que encierran la más profunda doctrina política y constitucional.

De modo que al aprender la Constitución aprendemos también sobre nosotros y si —además— respetamos y cumplimos la Constitución Nacional, estaremos también aprendiendo a respetarnos un poco más a nosotros mismos, como personas individuales y como el pueblo que entre todos conformamos.

ALBERTO RICARDO DALLA VIA
Junio de 2004

CAPÍTULO I

HISTORIA CONSTITUCIONAL ARGENTINA

1. Breve remisión a los orígenes

Al ser la Constitución una expresión originaria del racionalismo iluminista de los siglos XVIII y XIX, sus orígenes en nuestro país se encuentran en estrecha relación con el movimiento emancipador e independentista que comienza con Revolución de Mayo y culmina con la organización nacional, de manera que la Constitución es la expresión jurídica de la nueva Nación, jurídica y políticamente organizada.

Pero la Constitución jurada el 1° de mayo de 1853, conmemorando con esa fecha el "levantamiento" de Urquiza contra Rosas en 1851 y sancionada por la Convención Constituyente en Santa Fe, no fue un acto espontáneo, sino la consecuencia de un devenir histórico en el que se fueron produciendo sucesivos documentos que le sirvieron de antecedente, y muchos de los cuales se reflejan directamente en el articulado de nuestra Constitución Nacional y en su contenido axiológico.

Ya en los albores de la Revolución, los escritos de Manuel Belgrano desde su cargo de secretario del Consulado de Buenos Aires y que le han valido —habiendo sido abogado— la consideración de "primer economista argentino", abogaron a favor de la ruptura del monopolio económico con España y la apertura a favor del libre comercio, posición sostenida en el mismo sentido por Mariano Moreno en su escrito de defensa, conocido como *Representación de los hacendados de Buenos Aires*. La lucha por el libre comercio, la libre circulación de personas, bienes y mercaderías fue una de las grandes causas de la revolución y también una clara expresión constitucional.

A la fogosa actuación del mismo Mariano Moreno como secretario de la Primera Junta, que asumió el 25 de mayo de 1810, se atribuye el recordado decreto de "Supresión de honores" y el decreto sobre "Libertad de imprenta", y de su inspiración surgió también el decreto de "Seguridad individual" de 1811, cuyo contenido es el antecedente más claro y preciso del actual art. 18, CN, norma de singular importancia y trascendencia porque se refiere a la protección de la libertad física y que por tal motivo puede ser, tal vez, considerado el artículo más importante de nuestra Constitución.

La Asamblea General Constituyente de 1813 no alcanzó a cumplir con su objetivo —sancionar una Constitución— debido a la aparición de diferencias entre los representantes de Buenos Aires y del interior y, sobre todo, por el rechazo a instrucciones que Artigas dio a los representantes de la Banda Oriental (hoy República Oriental del Uruguay) y que fueron consideradas como un "mandato imperativo", contrario a la idea de "mandato representativo" propio de la idea de soberanía nacional y del concepto de "representación política" atribuido a Sieyès y adoptado por el constitucionalismo [1].

Sin embargo, se debe a esa Asamblea la consagración de una cantidad de normas legislativas a favor del principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución vigente, al eliminarse los títulos de nobleza y otras tantas medidas a favor de la eliminación de la esclavitud (art. 15, CN) que sería complementada definitivamente en la Constitución de 1853, desde entonces Artigas ha representado un paradigma federalista a través de sus escritos. También Manuel Dorrego dejó escritos en defensa del modelo federal. Comenzaba a vislumbrarse la larga disputa entre *unitarios* y *federales*.

Entre los documentos constitucionales más importantes podemos mencionar el *Estatuto de 1815* y el *Reglamento Provisorio de 1817* que suplieron la falta del objetivo anhelado que era la sanción de una Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata. En tal sentido, el reglamento de 1817, dictado por el Directorio, representó el documento más completo como antecedente constitucional mientras se esperaba la sanción de una Constitución por parte del *Congreso General Constituyente de Tucumán*.

Este último Congreso declaró la independencia de España y de toda otra dominación extranjera el 9 de julio de 1810 y sancionó la *Constitución de 1819* que no fue jurada por las provincias, al no haber acuerdo sobre la forma de gobierno unitaria que se sostenía. En 1820 tuvo lugar la batalla de Cepeda emergiendo la figura de los caudillos y dando comienzo a un período de gran inestabilidad política interna, conocido como la "Anarquía" y que recién culminaría con la organización nacional y la jura de la Constitución de 1853.

La *Constitución de 1826* sostuvo también la forma de estado unitaria y propugnaba una forma de representación aristocrática y estamentaria en el Senado que mereció el rechazo de las provincias. Impulsada por Bernardino Rivadavia se enmarcaba en un proyecto político centralista en el que también tuvieron cabida la llamada "Ley Fundamental" y la "Ley de Capitalización de Buenos Aires". No obstante ese centralismo de inspiración francesa, Rivadavia dio impulso a las letras y a la ilustración, tomando la idea de

[1] SIEYÈS, E., *¿Qué es el Tercer Estado?*, Colección Clásicos Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

progreso y de "bienestar general" (reflejada en el Preámbulo de la Constitución de 1853) como paradigma de su ideario iluminista.

Las luchas civiles entre unitarios y federales demoraron la organización institucional del país, a la que sólo se llegó cuando se sintetizaron ambas posiciones y después de regar con mucha sangre el suelo argentino. La historia de nuestro país se ha caracterizado por la presencia casi permanente de líneas o facciones políticas en pugna, conforme lo ha descripto Félix Luna al señalar los "conflictos y armonías de la historia argentina" [2].

De ese modo, y desde la colonia, hemos tenido divisiones y enfrentamientos entre españoles y criollos, "linieristas" y "alzaguistas", durante las invasiones inglesas; "morenistas" y "saavedristas", una vez producida la Revolución de Mayo; "unitarios" y "federales", durante la organización nacional; y más tarde entre "crudos" y "cocidos"; "chupandinos" y "lomos negros", para graficar las luchas entre autonomistas y nacionalistas; más tarde serán "radicales" y "conservadores"; "peronistas" y "antiperonistas"; "militaristas" y "antimilitaristas"; etc.

Las antinomias se presentaron muchas veces como líneas paralelas que fueron recorriendo nuestra historia institucional, de manera que en algunos tramos o circunstancias dichas líneas enfrentadas lograron juntarse o sintetizarse a través de acuerdos que en no pocos casos fueron transitorios para después volver a confrontar. Hay quienes explican estas antinomias señalando que, en general, para los argentinos ha sido más importante "la parte" que "el todo", favoreciéndose de ese modo las actitudes sectarias.

En los párrafos que siguen nos referiremos al ideario de síntesis y de unión que produjo intelectualmente la llamada Generación del 37 a partir de la pluma de Esteban Echeverría y cómo ese ideario se fue plasmando, a través de sucesivos proyectos en nuestro documento constitucional, que fue apto no solamente para organizar la "nueva y gloriosa Nación" sino también para poner en marcha un proyecto de crecimiento y desarrollo —por intermedio de los hombres de la Generación del 80— que partía del ideario constitucional y que colocó a la Argentina entre las principales naciones del mundo.

2. Los proyectos de Constitución

Entre las enumeraciones que se han efectuado acerca de las fuentes de la Constitución de 1853, cabe citar la siguiente:

a) Los antecedentes de nuestra historia institucional, es decir, reglamentos, estatutos, constituciones, pactos y tratados.

[2] LUNA, Félix, *Breve historia de los argentinos*, Planeta, Buenos Aires, 1993.

b) Del extranjero, podemos señalar la Constitución norteamericana, los estudios federalistas y la doctrina, tanto norteamericana como europea. Todo ello con la salvedad de que no se ha efectuado un rígido trasplante de instituciones, sino que ellas sirven de marco en el cual se ha volcado nuestra realidad histórica, política y social.

c) Una especial mención a las *Bases* de Alberdi, teniendo en cuenta la reiterada afirmación que se ha formulado sobre su influencia. Sobre el particular, opina Seco Villalba que "...El *Proyecto* de Alberdi adolece de serios defectos. Su aportación material a la Constitución argentina se reduce a unos pocos artículos, no siempre originales, porque Alberdi los había tomado de otros textos positivos. En cuanto a la forma que adopta en su proyecto, tampoco es original, desde que las constituciones estaduales americanas comienzan, en su mayoría, por una sección dedicada a enumerar los derechos. Así, la de California, por la que tanta admiración mostraba el Dr. Alberdi en sus *Bases*..." [3].

d) El *Esbozo* de Gorostiaga, representado por los borradores preparados para la redacción definitiva del proyecto de la comisión que integraba en el Congreso de 1853, permite obtener de fuente segura, un conjunto de influencias tomadas en consideración. Conforme señala Seco Villalba "De los papeles pertenecientes al Dr. Benjamín Gorostiaga, se infiere que para realizar su trabajo ha tenido presente la Constitución de 1826 y los debates del congreso respectivo, *El federalista*, *Argirópolis* de Sarmiento, el Proyecto de Alberdi, el derecho público vigente y el *Dogma Socialista*..." [4].

Entre los textos que tuvieron en sus manos y en su conocimiento los hombres que representaban a las provincias en el Congreso General Constituyente reunido en Santa Fe, merecen destacarse las tres ediciones de las *Bases* de Juan Bautista Alberdi, incluyendo el Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas a partir de la segunda edición; así como los trabajos de Mariano Fragueiro quien por entonces era ministro de Hacienda de la Confederación y cuyas obras *Cuestiones argentinas* y *Organización del crédito*, eran bien conocidas por los convencionales y tuvieron influencia en distintos pasajes del debate, aunque sin alcanzar la influencia que terminarían teniendo las propuestas alberdianas.

El proyecto completo de Constitución que, por encargo de Urquiza, redactara el jurista napolitano Pedro De Angelis, fue también relevante. Si embargo, y a pesar del gran lustre intelectual de De Angelis, quien ilustrara en carácter de maestro eximio las reuniones del Salón Literario de Marcos Sastre, su fama de "rosista" le valió la generalizada desconsideración de su

[3] SECO VILLALBA, José A., *Fuentes de la Constitución argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1943, p. 117.

[4] SECO VILLALBA, José A., *Fuentes...*, cit., p. 120.

sistematizado e interesante proyecto, volcándose en cambio las preferencias hacia Alberdi como exiliado trasandino y perseguido político del rosismo. Tales consideraciones ideológicas fueron de gran valor en el debate de las ideas posterior a Caseros.

No menos importantes fueron los aportes de Benjamín Gorostiaga y de Juan María Gutiérrez, puestos de relieve por Jorge Reinaldo Vanossi y Humberto Quiroga Lavié, respectivamente. Ambos, integrantes de la comisión redactora, transmitieron el ideario alberdiano a la Constitución. El primero fue convencional diputado por Santiago del Estero y el segundo por Entre Ríos, amigo entrañable de Alberdi y compañero de viajes y de estudios en el Colegio Nacional de Buenos Aires.

El pensamiento federalista de Gorostiaga tuvo influencia directa y marcó la impronta de algunos artículos, como el art. 4°. Sin embargo, su "anteproyecto" no se publicó entonces, pues se encontraba en borradores manuscritos cuando ya se conocían los proyectos de Alberdi y de De Angelis [5].

Iniciadas las deliberaciones y luego de cumplidos los trámites inherentes a la aprobación de los diplomas, se eligieron las autoridades definitivas del cuerpo, recayendo los cargos en Facundo de Zuviría como presidente y Huergo y Seguí en calidad de secretarios.

La Convención General Constituyente de 1853, al igual que las convenciones constituyentes posteriores, tuvo en su seno una comisión redactora, que en el caso se llamó Comisión de Negocios Constitucionales y estuvo integrada por Pedro Díaz Colodrero, Martín Zapata, Juan del Campillo, Manuel Leiva, Pedro Ferre, Juan María Gutiérrez y José Benjamín Gorostiaga. La Comisión elevó el proyecto el 18 de abril de 1853, precedido de un informe.

Las condiciones en medio de las cuales se reunía el Congreso General Constituyente eran de suma gravedad, aunque Zuviría expresó con inolvidables palabras el significado de la reunión: consolidar el programa de unión, orden, libertad, olvido y confraternidad "inscriptos en su bandera como el único lema digno de la época y de los pueblos argentinos".

Desde el comienzo mismo de las sesiones volvería a presentarse una vieja cuestión: la oportunidad para dictar la Constitución en las circunstancias en que se encontraba el país. Se reanudaba así, el antiguo problema que se venía trajinando desde los inicios del Pacto Federal, desde su propio contexto y que obligaba a considerar si se había llegado, en efecto, al momento oportuno de dictar la Constitución, es decir, si nos encontrábamos en estado de paz y tranquilidad para ello [6].

[5] VANOSSI, Jorge R. A., *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución argentina y en su jurisprudencia*, Pannedille, Buenos Aires, 1970.

[6] GALETTI, Alfredo, *Historia constitucional argentina*, t. 2, Librería Editora Platense, La Plata, p. 512.

El diputado Zenteno rompió el fuego, en la sesión del 10 de abril expresó que si bien había que dar una Constitución y era deber de los representantes cumplir tal cometido, atento las circunstancias por las que atravesaba el país se preguntaba si era el momento de dictarla. De tal manera en el Congreso se expresaba que los pueblos deseaban una Constitución, que la pedían a sus representantes, pero que se habían presentado diferentes problemas que podían determinar la inoportunidad de su dictado o su propia frustración [7], y así toda Constitución dictada en tales circunstancias serviría para forjar el despotismo o provocar la anarquía, haría retroceder a los pueblos más allá de su punto de partida, sería necesaria una seria preparación previa en los pueblos, y también la suficiente serenidad espiritual para no recaer en errores que podrían ser fatales al desarrollo del país. Zavalía también se inclinó en un primer momento por esa opinión.

A ello Gutiérrez le replicaría con célebres palabras: *"La Constitución no es una teoría; como se ha dicho, nada más práctico que ella; es el Pueblo, es la Nación Argentina hecha ley y encerrada en este Código que encierra la tiranía de la ley, esa tiranía santa, única a que yo y todos los argentinos nos rendiremos gustosos. Los pueblos nos la piden con exigencia porque ven en ella su salvación; y es por otra parte la oportunidad más aparente para dársela; debemos hacerlo sin pérdida de tiempo y pretender su aplazamiento es una acción que no me atrevo a calificar"* [8].

3. La influencia de Benjamín Gorostiaga

La influencia de Gorostiaga se hizo notar con mayor énfasis en la parte orgánica y en el Preámbulo de la Constitución sancionada, en tanto que la influencia de Juan María Gutiérrez es más notoria en la parte dogmática, siendo que los aportes del primero al texto constitucional se concretarían en su *Anteproyecto* conformado por los borradores escritos de su puño y letra [9] y en el proyecto definitivo de Constitución elaborado por la Comisión de Negocios Constitucionales.

Se ha destacado la personalidad de Gorostiaga como jurista conocedor del derecho público y concentrado en la tarea que había sido llamado a realizar, por contraste con la vida que llevaron otros convencionales.

Santa Fe era por entonces un pequeño pueblo, pero la vida social pareció lo suficientemente activa para algunos representantes, a tal punto que tres de ellos contrajeron matrimonio con damas de la sociedad local, entre

[7] RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, vol. IV, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, p. 471.

[8] RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas...*, cit., vol. IV, p. 480.

[9] BIBLIOTECA NACIONAL, Sección Manuscritos, documento 14.079.

ellos Juan María Gutiérrez con Gerónima Cullen. Urquiza, entretanto, urgía con sus cartas la sanción del texto constitucional que se demoraba.

Finalmente, el 18 de abril de 1853 tuvo entrada en el Congreso Constituyente el *Proyecto* de la Constitución Nacional, acompañado del correspondiente *Informe* del que fueron "miembros informantes" Gorostiaga y Gutiérrez. El 20 de abril se inicia en el Congreso el debate en general del Proyecto de Constitución. En esa oportunidad Gorostiaga destaca que *"...el proyecto está vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, único modelo de verdadera federación que existe en el mundo"*.

La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución argentina y en su jurisprudencia ha sido puesta de manifiesto magníficamente por la pluma de Jorge Reinaldo Vanossi en un libro que es su tesis de doctorado, calificada como "sobresaliente" en la Universidad del Litoral. Allí destaca los aportes de Gorostiaga como convencional constituyente, redactor de la Constitución, miembro informante de la misma, defensor del proyecto en el debate y posteriormente "intérprete auténtico", y como juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cargo por el que renunció a su postulación como senador y como presidente de la Nación.[10].

Precisamente el cap. VII de la obra mencionada está dedicado, de manera precisa y muy concreta a partir de comparaciones en los textos, a determinar la influencia que tuvo el anteproyecto de Gorostiaga en la Constitución. Entre otras, podemos citar las siguientes:

En cuanto al *Preámbulo* se destaca que nuestra Constitución hace abandono de los "manifiestos iniciales" de las Constituciones de 1819 y 1826, como asimismo deja de lado el Preámbulo "programático" de Alberdi para aproximarse al de Filadelfia. Esto se concreta a través del proyecto de Gorostiaga, donde se encuentra la universalización generosa de los beneficios de la *libertad* "para todos los hombres del mundo..." que no contenían ninguno de los antecedentes conocidos hasta ese momento.

Al fundamentar la institución del *veto* de las leyes por el Poder Ejecutivo, expresó Gorostiaga la idea de la Comisión de "...establecer una especie de equilibrio entre ambos poderes (el Legislativo y el Ejecutivo) en lo tocante a la ejecución y sanción de las leyes; que el artículo en cuestión concede al Poder Ejecutivo un veto, pero limitado, puesto que un proyecto de ley que él rechazaba, aun puede ser sancionado y ejecutado sin su asentimiento, y que para que esto no ocasione un conflicto, era necesario una nueva revisión del proyecto, una mayoría de dos tercios de ambas Cámaras y la publicación de los votos de los diputados, los nombres de éstos y las razones que habían tenido para obrar a favor del proyecto desechado...".

[10] VANOSSI, Jorge R. A., *La influencia de José Benjamín Gorostiaga...*, cit.

En materia de *acefalía*, la Constitución sigue la solución del Anteproyecto de Gorostiaga y en materia de relaciones entre Iglesia y Estado diferencia y separa *el derecho de presentación* para la designación de dignidades eclesiásticas del *ejercicio de los derechos del patronato nacional*.

En materia de *sueldos de los jueces* sigue a la Constitución de los Estados Unidos a fin de que los emolumentos no se vean disminuidos mientras los jueces federales cumplen sus funciones. Gorostiaga refuerza esa garantía disponiendo que "en manera alguna" puede disminuirse la constitucionalidad de la exención del pago del impuesto a los réditos sobre el sueldo percibido por los jueces nacionales [11].

A decir de Vanossi "...Los temas mencionados precedentemente son ilustrativos del grado de influencia alcanzada por Gorostiaga en el tratamiento de los principales puntos del temario constitucional del Congreso, con prescindencia de que las tesis por él defendidas hayan logrado a la postre consagración positiva. No se trataba de un improvisador; muy por el contrario, era un experto en cuestiones de derecho público, no muy generalizadas aún, en la época..." [12].

4. La influencia de Mariano Fragueiro

Quien realice un estudio de la Constitución de la Nación Argentina no podrá dejar de reparar en Juan Bautista Alberdi como instancia obligada, ya que si bien podrá cuestionarse por algunos su carácter de "padre de la Constitución" [13], no puede negarse el papel de inspirador del proyecto desde su libro *Bases*; a tal punto que muchos artículos de nuestra Carta Magna siguen en forma textual la redacción que fijara Alberdi en su Proyecto. Desde este punto de vista, no obstante las modificaciones que por distintos motivos se fueron produciendo en el texto constitucional, existe coincidencia generalizada entre los autores en cuanto a que la filosofía de nuestra Constitución Nacional de 1853-1860 es la transmitida por el Proyecto de Alberdi.

La Constitución de 1853-1860 se inscribe en la línea de las constituciones "demoliberales" que proliferaron con la difusión del constitucionalismo entre las nuevas naciones independientes del siglo XIX y que siguieron la trayectoria marcada por el ideal de las dos grandes revoluciones: la francesa y la norteamericana.

[11] VANOSSI, Jorge R. A., *La influencia de José Benjamín Gorostiaga...*, cit., ps. 33 a 35.

[12] VANOSSI, Jorge R. A., *La influencia de José Benjamín Gorostiaga...*, cit., p. 35.

[13] Cabe recordar la célebre polémica entre Sarmiento y Alberdi, en la cual el primero proponía seguir textualmente el modelo constitucional norteamericano. La Constitución argentina es, en su parte orgánica, muy parecida a la norteamericana. La Constitución "originaria" de 1853, se ve muy modificada en 1860 cuando se produce la incorporación de Buenos Aires a la Confederación y el nacimiento de la Nación Argentina.

En ese sentido, las declaraciones de la parte dogmática tienden a reafirmar la libertad individual y la igualdad ante la ley, dando preponderancia a la libertad y a la iniciativa individual como principio y reduciendo el papel del Estado a aquellas funciones que las normas constitucionales determinan en forma restrictiva, limitada y derivada entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. En todos los casos, la ley representa a la voluntad del pueblo y es por eso que el primer poder en importancia sea, precisamente, el Legislativo.

Más allá de la notable influencia de la obra de Alberdi entre los constituyentes de 1853, cabe señalar que no fue ésta la única influencia, ya que en materia económica influyeron también notablemente las obras *Cuestiones argentinas* y *Organización del crédito*, de Mariano Fragueiro. En esas obras, Fragueiro expresa un fuerte sentido nacional; se pude definir como proteccionista, estatista e industrialista e inspirado en el socialismo utópico, especialmente de Saint Simon y de Leroux, sin que por ello deje dè ser demócrata en política [14].

La confluencia de ideas que representaron Alberdi y Fragueiro, en la Convención Constituyente, de alguna manera resume la confluencia de ideas económicas que entonces existían en el país, que iban desde el proteccionismo hispánico y las aduanas cerradas para defensa de las artesanías del interior y el comercio con la metrópoli, hasta las ideas librecambistas que arrancaron en nuestro suelo desde antes de la Revolución de Mayo y entre cuyos exponentes puede citarse *Representación de los hacendados* de Mariano Moreno y los escritos de Manuel Belgrano como secretario del Consulado.

Ni Alberdi ni Fragueiro representaban posiciones extremas, sino que reunían sistemas de ambas posiciones, aunque debe reconocerse un rasgo más liberal en Alberdi y más proteccionista en Fragueiro.

Lo que pocas veces se conoce es que el propio Congreso Constituyente que sancionó la Constitución dictó, como legislatura ordinaria, el 9 de diciembre de 1853 la ley conocida como "Estatuto de Hacienda y Crédito", cuyo autor fue Mariano Fragueiro.

Carlos M. Vilar entiende que el propósito del Estatuto era organizar el sistema económico-financiero de la Constitución, creando el núcleo de una economía capitalista, en manos de un Estado promotor directo del crecimiento económico nacional, asociado a la burguesía mercantil y a las incipientes industrias locales [15]. Juan María Gutiérrez lo definió como una pa-

[14] BIDART CAMPOS, Germán J., *La Constitución de frente a su reforma*, Ediar, Buenos Aires, 1987. Ver también DÍAZ ARAUJO, Enrique, *Dos planes para la organización nacional*, Mendoza, 1965.

[15] VILAS, Carlos M., *Derecho y Estado en una economía dependiente*, Buenos Aires, 1974.

lanca poderosa para los grandes fines que la Constitución se ha propuesto; y Benito Díaz sostuvo que el de Fragueiro constituye el más serio intento de organización económica y financiera del país al sancionarse la Constitución de 1853 [16].

Mientras estuvo reunido el Congreso Constituyente de 1853, Fragueiro fue ministro de Hacienda de la Confederación. En las Convenciones de 1860 y 1866 no sólo fue constituyente sino que presidió las sesiones.

Varios congresales de 1853 no estaban de acuerdo con el liberalismo de las *Bases* de Alberdi, lo que se demostraría en la sesión del 9 de diciembre de ese año, cuando el Congreso discutió cuestiones aduaneras con la asistencia del ministro Fragueiro. En esa ocasión, el diputado José Benjamín Gorostiaga dijo que "...en materia de aranceles no profesaba sistema exclusivo: que no era proteccionista ni deseaba la libertad ilimitada del comercio; que opinaba con el ilustrado autor de las *Cuestiones argentinas* (Fragueiro), que los reglamentos y tarifas deben basarse en el principio de que las restricciones son malas si exceden su fin racional...". Y el diputado Salustiano Zavalía declaró "...que era proteccionista pero moderado..." [17].

Opina González Arzac que, una vez sancionada la Constitución del 53, Alberdi quiso lucir a su manera una Constitución que no había sido hecha totalmente a su medida, elogiando su liberalismo en el *Sistema económico y rentístico*. Ello a pesar de que el ministro Fragueiro —con la autoridad que se le reconocía en materia económica— había pesado más que Alberdi en la sanción de algunas cláusulas económico-financieras, que fueron votadas, entre otros, por Gorostiaga, Zavalía y Pedro Ferre, el antiguo gobernador de Corrientes que en la década del 30 había sostenido la defensa de la industria nacional, "deben establecerse leyes de protección a favor de los productos nacionales y no aventurar su resolución a las teorías de autores empeñados en buscar la mayor prosperidad de las naciones que han desarrollado ya su industria" [18].

La influencia de Mariano Fragueiro en la Constitución Nacional se nota en importantes temas entre los que se destacan el sistema federal, la cuestión capital, los recursos del tesoro nacional, las aduanas, los impuestos directos, la creación del Banco Nacional, los correos, el derecho de propiedad, el trato con los indios y la navegación de los ríos, entre otros.

[16] WEINBERG, Gregorio, *Mariano Fragueiro. Pensador olvidado*, Buenos Aires, 1975.

[17] GONZÁLEZ ARZAC, Alberto, "Convenciones constituyentes", en *Nueva Constitución de la República Argentina*, Buenos Aires, 1994, ps. 271/272, también puede verse, del mismo autor, "Evolución constitucional y factores de poder económico internos y externos tras la unificación argentina", en *Congreso Nacional de Historia Argentina*, t. II, Buenos Aires, 1997, ps. 40/41.

[18] GONZÁLEZ ARZAC, Alberto, "Fragueiro: un socialista en la época de Rosas", *Revista del Instituto de Investigaciones Históricas Juan Manuel de Rosas*, nro. 55, abril-junio 1999.

El *Proyecto* de Alberdi no había previsto la institución de un Banco Nacional porque su autor no admitía que el Estado participara de empresas bancarias. Contrariamente, Fragueiro, tanto en la *Organización del crédito* como en *Cuestiones argentinas*, proclamaba que el Estado debía conducir el crédito.

El art. 64, inc. 5° de la Constitución de 1853 dispuso que correspondía al Congreso *"Establecer y reglamentar un Banco Nacional en la Capital y sus sucursales en las provincias, con facultad de emitir billetes"*.

Sobre el particular, ha señalado García Vizcaíno que "la instalación del gobierno de la Confederación Argentina en la Ciudad de Paraná, ante la segregación de la Provincia de Buenos Aires, que lo privó de la disponibilidad del banco bonaerense, estuvo obligado a cubrir la ausencia de un establecimiento bancario para un país que anhelaba crecer, progresar, extender los beneficios sociales por todo el ámbito del territorio nacional" [19].

Por otra parte, en *Cuestiones argentinas*, Fragueiro proponía un *modus vivendi* con los indígenas, incorporando a la soberanía argentina la tierra que ellos ocupaban, mediante el trato pacífico, el estímulo al trabajo y la evangelización. Así lo estableció la Constitución de 1853 en el art. 64, inc. 15 cuando dijo que correspondía al Congreso *"proveer a la seguridad de las fronteras, conservando el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo"*. Fue el constituyente santiagueño Benjamín Lavaysse quien propuso el párrafo.

"El exterminio de los salvajes por medio de la guerra —decía Fragueiro— ni es justo ni útil. Después de extinguirlos ¿qué población ocuparía esas tierras? Los indígenas son hombres y debemos concederles, cuanto menos, los derechos que acordamos a los africanos libres" [20].

Mariano Fragueiro fue un argentino prestigioso y por varios años "presidenciable". Para la elección presidencial de 1854 obtuvo siete votos en el Colegio Electoral en que fue designado Urquiza como presidente y veinte votos para vicepresidente (cargo que obtuvo Del Carril) En 1860 obtuvo cuarenta y seis votos en el Colegio Electoral que ungió a Derqui como presidente y en 1862 obtuvo cinco votos para vicepresidente en oportunidad de nominarse Paz y Mitre [21].

5. El Proyecto constitucional de Pedro De Angelis

"La Constitución de un Estado para que sea sólida, debe provenir de la creación progresiva de instituciones análogas, de las costumbres radica-

[19] GARCÍA VIZCAÍNO, José, *Tratado de política económica argentina*, t. II, Buenos Aires, 1975, ps. 115/116.

[20] GONZÁLEZ ARZAC, Alberto, "Fragueiro: un socialista...", cit.

[21] MOLINELLI, Guillermo, *Colegios electorales y asambleas legislativas 1854-1983*, Buenos Aires, 1989.

das en los pueblos, de la acción lenta pero segura del orden y de las leyes especiales de cada provincia " (Pedro De Angelis, Archivo Americano, 21/6/1845).

Lo más notable de la contribución que el país le debe a De Angelis no solamente es el apoyo al plan político supremo que quería la Constitución cuando en el país hubiera un grado de madurez cívica y de tolerancia que hicieran que la misma no fuese una simple hoja de papel, sino también la colaboración que prestara a la causa política de la Federación y de Juan Manuel de Rosas. Esa colaboración no se limitó a la lucha política interna, sino también a la que se entregó contra las invasiones de las potencias europeas.

Esa adscripción a Rosas fue la que a la postre le valiera la desconsideración de su proyecto de Constitución, escrito en 1852 por encargo de Urquiza, por parte de los convencionales constituyentes. Estaban aún muy frescos los recuerdos de los enfrentamientos anteriores a Caseros y al Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos.

Se ha afirmado que "inmediatamente a Caseros, ante la convocatoria a constituyentes, aparte de las *Bases*, menudiaron las publicaciones: en *Los Debates*, abril y mayo del año 1852; en *El Nacional*, mayo del año 1852; en *El Constitucional de Los Andes*, mayo de 1852; y en los proyectos de Constitución debidos a Fragueiro, De Angelis, Llerena, Muñoz y otros" [22].

Los proyectos de Alberdi y de De Angelis fueron prácticamente mellizos, aunque el último nació primero, con diferencia de días. De Angelis publicó el suyo en la Imprenta del Estado, que desde 1834 arrendaba y la siguió alquilando mientras Urquiza fue director provisorio de la Confederación Argentina [23].

Aun cuando el proyecto de De Angelis fue analizado por los constituyentes, existe coincidencia sobre la muy poca o escasa influencia que alcanzó a tener a pesar de que cuando algunos historiadores, como Emilio Ravignani, se empeñaron en destacarlo al decir "don Pedro De Angelis, por su ilustración y por la forma como actuara con su pluma en la vida argentina, desde su llegada al país en la época de Rivadavia, ofrece puntos de vista analíticos que no pueden ser ignorados. El texto de De Angelis servirá, aunque más no sea, como punto de referencia, ya que cuando se dio a conocer mereció serias críticas de algunos argentinos" [24].

Dicho proyecto fue presentado en junio de 1852. En primer lugar admitía la posibilidad del reintegro del Paraguay y obligaba además al gobierno a hacer valer sus derechos sobre Tarija y las Islas Malvinas.

[22] OLIVER, Juan P., *El verdadero Alberdi*, Buenos Aires, 1977, ps. 252/253.

[23] GONZÁLEZ ARZAC, Alberto, *Pedro De Angelis. Su influencia sobre el texto de la Constitución de 1853*, Instituto Nacional de Investigaciones Históricas Juan Manuel de Rosas.

[24] RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas...*, cit., vol. 6, parte 2ª, p. LXIX.

Establecía que durante el receso del Parlamento funcionaría una Comisión Permanente, que tenía algunas funciones análogas. En cuanto a la vicepresidencia de la Nación, la ponía en manos del gobernador de la provincia de Buenos Aires. Cada provincia elegiría además dos electores para que éstos procedan a su vez a designar al presidente de la Nación.

Se encargaba a la Corte Suprema la realización del juicio político al presidente, vicepresidente, gobernadores de provincia, y aun a los mismos legisladores. Algunos autores ven la influencia de la Constitución mexicana en el proyecto de Pedro De Angelis [25].

El proyecto carecía de Preámbulo, tenía 135 artículos, era sistemático y en los dos primeros artículos ubicados en el título I, sección 1ª, denominado "De la República Argentina" señalaba: art. 1°: *"La República Argentina es una Nación soberana e independiente"*. Art. 2°: *"Su soberanía reside esencialmente en el pueblo, a quien compete nombrar delegados para afianzar, por leyes sabias y justas, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de sus habitantes"*.

Una particularidad de este proyecto, que consagraba el federalismo y el presidencialismo, era ubicar en el título VI correspondiente al Poder Judicial, en una sección 3ª, las *"reglas generales para administración de justicia"*, que en realidad configuran el *bill of rights* o declaración de derechos de la Constitución, en cuanto garantías de los individuos.

Pedro Antonio Diego Enrique Estanislao De Angelis había nacido en 1874 en Nápoles donde se nutrió del ambiente intelectual que rodeaba a esa ciudad y que lo llevaría después de algunos viajes y muchas lecturas a destacarse como uno de los intelectuales de más lustre de Buenos Aires, brillando en el Salón Literario de Marcos Sastre, donde alcanzaría la consideración de maestro. Entre sus autores preferidos se encuentra Giambatista Vico, especialmente en la consideración de la llamada *Scienza Nuova*.

Se ha señalado que De Angelis se integró al grupo intelectual más destacado de la Argentina de entonces, junto a Juan Bautista Alberdi, Vicente López y Planes, Miguel Cané (padre), Juan María Gutiérrez, Marcos Sastre, y José Rivera Indarte, entre otros, que reconocían el liderazgo de Esteban Echeverría. Destaca así Carlos Tagle Achával que "Para la joven intelectualidad argentina, que apenas conocía el iluminismo y no en profundidad, y lo tenía como el movimiento más avanzado de la época, la presencia de esta personalidad de la intelectualidad europea, residente ahora en el país, era un don que había que aprovechar [26].

[25] SÁENZ SOLER, Ricardo - LEONE, Fernando, *Derecho constitucional*, Imprenta Andes, Córdoba, 1952.

[26] TAGLE ACHÁVAL, Carlos, *La vida y el pensamiento de Pedro de Angelis*, Colección Estrella Federal, Instituto Nacional de Investigaciones Históricas Juan Manuel de Rosas, 1981.

6. La influencia de Juan Bautista Alberdi

Poco tiempo después de la batalla de Caseros, Juan Bautista Alberdi y su fraternal amigo Juan María Gutiérrez viajaban desde el Perú a Chile cuando recibieron en Cobija la noticia de ese acontecimiento. El primero, de inmediato, empezó a escribir la obra que tituló *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Es interesante adentrarse en el propio relato de los autores:

"Veníamos de Lima para Chile en los primeros días de 1852, cuando oímos en Cobija la primera noticia de la caída de Rosas. No queríamos creerla por lo contradictorio del tiempo con la distancia de Buenos Aires a Bolivia. Pero en Valparaíso, al fondear el vapor Nueva Granada que, nos tenía a su bordo, y antes que la policía marítima visitara el buque, un argentino venido a recibirnos, nos arrojó envuelta desde su bote, una gran hoja de papel, mojado todavía, que contenía el parte de la batalla de Monte Caseros salido al instante de la prensa. Llegar a Valparaíso nos pareció llegar a la patria, lo cual sólo resultó cierto para Gutiérrez: una sonámbula me había dicho en 1850, que yo no entraría en mi país después de caído Rosas... Descendidos a mi quinta de la calle de las Delicias, en Valparaíso, Gutiérrez se puso a acomodar su equipaje para ir al Primer Congreso General Constituyente, como diputado obligado de la Nación libertada; y yo me puse a escribir las Bases de la Constitución, que mi amigo debía hacer sancionar por sus consejos persuadidos y persuasivos" [27].

Una vez terminado el libro, su autor remitió sendos ejemplares del mismo a varias personas representativas de la época. En carta dirigida a Mitre, acompañando esa publicación, decía Alberdi "...Las *Bases* no son mías, porque ni el escritor ni el diputado hacen bases; las hace Dios, residen en los hechos normales, en las leyes naturales de la existencia y el desarrollo de las sociedades; y yo no he hecho sino tomarlas por el estudio de la fuente. Lea despacio mi libro; nadie es más capaz de comprenderme y de completar y suplir lo que me falta, que usted. Es la obra de un hombre de bien, escrita sin ambición, ni espíritu de partido, ni segunda mira; se compone de ideas que ya usted me conocía y de algunos aprecios nuevos que me ha sugerido el estudio estimulado por el interés de la patria entrada en el camino de sus grandes destinos..." [28].

La publicación de las *Bases* tuvo el mayor éxito. El presidente Justo José de Urquiza dispuso con fecha 14 de junio de 1855 la edición de los trabajos de Alberdi con fondos oficiales. Una medida similar dispuso el presidente Julio Argentino Roca al dictar el decreto del 12 de noviembre de 1880. Con ese motivo, Bartolomé Mitre escribió una serie de artículos críticos sobre la obra de Alberdi, argumentos que más tarde fueron seguidos por otros escritores como Paul Groussac y Ernesto Quesada.

[27] ALBERDI, Juan B., *Juan María Gutiérrez. Biografías y autobiografías*, Obras Selectas de Alberdi, t. IV, La Facultad, 1920, p. 392.

[28] RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, t. VI, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, p. 778.

Entre los argumentos esgrimidos en ese sentido, se ha anotado que Alberdi ejerció poca influencia en la Convención Constituyente, que sus argumentos pecaron de falta de originalidad, que sus citas fueron omitidas en el Congreso Constituyente en contraste, por el contrario, con la importante obra desarrollada por los convencionales Gorostiaga y Gutiérrez [29].

Así se ha dicho que el *Proyecto de Constitución* era una mala copia del proyecto escrito en 1832 por Pellegrino Rossi para los cantones suizos, trabajo poco conocido entonces, según Mitre [30]. Se ha aducido también, que en el articulado del proyecto era visible la influencia de una traducción castellana de la Constitución estadounidense, efectuada por García De Sena, de la Constitución chilena y de la francesa de 1791.

Los críticos elaboraron como conclusión que, como los trabajos de Alberdi no eran originales, los constituyentes recurrieron, en forma directa, a las fuentes de los mismos "...El proyecto de éste (Alberdi) fue sólo un elemento concomitante de juicio —afirmó Quesada—, porque se prefirió dar el primer lugar al original de Rossi, más detenido y con menos desviaciones; de modo que, contra lo que comúnmente se cree —sin remitir a la prueba los quilates de las buenas intenciones—, la influencia de Alberdi en la Constitución de 1853 fue completamente secundaria...". "...La obra de Rossi sobre la Constitución de Suiza, los comentarios de Story, traducidos al francés, y otras obras, fueron el arsenal constitucional de que se servían Gorostiaga y Gutiérrez, porque juzgaban que Alberdi era sólo quien había popularizado las doctrinas de Rossi..." [31].

A esos argumentos críticos, corresponde replicar con otros de mucha fuerza y gran valía que realzan la importancia de la obra de Alberdi y su real influencia en la labor constituyente de 1853.

Alberdi, como Sarmiento, contempló el panorama nacional, auscultó sus necesidades, estudió sus problemas y, con visión genial de estadista, preparó un plan general, y dijo: aquí está la solución de los males que nos aquejan. El proyecto de Constitución es el medio de realización de las doc-

[29] DÍAZ ARANA (h), Juan J., *Influencia de Alberdi en la Constitución Nacional. Juicio ante una controversia*, Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1947.

[30] MITRE, Bartolomé, "La obra constitucional del Dr. Alberdi", artículos publicados en el diario *La Nación* en los días 16, 17 y 18/11/1880 y 21/12/1880, 10 y 26/6/1881.

[31] QUESADA, Ernesto, carta enviada al Dr. Juan A. González Calderón, en GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, t. II, J. Lajounae, 1923, p. XXV.

trinas expuestas en las *Bases*. Alberdi no se preocupó de ser original; lo que interesaba en el momento era era saber en qué forma desaparecerían nuestros desiertos; se trataba de conocer cómo progresaría la patria. Consultó libros argentinos y extranjeros, revisó constituciones y al conjunto de los datos extraídos de la teoría y de la práctica, les imprimió su sello personal al combinarlos y reunirlos para sacar conclusiones precisas de los mismos [32].

En definitiva, podemos coincidir con que más allá de esa polémica o de las críticas que puedan formularse surge clara la influencia de las *Bases* y del *Proyecto* de Juan Bautista Alberdi en los debates y en las actas de la Convención de 1853. Esa circunstancia no se ve disminuida por el hecho de que los convencionales conocieran también otras fuentes.

El Congreso General Constituyente siguió con muy pocas variantes el plan esbozado en el *Proyecto*. Muchos de los artículos conservan, inclusive, su redacción original. Por otra parte, como ya señalamos, Alberdi no pretendió ser un tratadista original sino que las "bases" eran una llamado, una bandera que formaban parte de un programa de legislación y de acción.

La publicación del libro alcanzó gran repercusión en el país mientras sesionaba la Convención en Santa Fe, así se ha dicho que fue un verdadero *best seller* para su tiempo, con tres ediciones en un año. Por su parte, el viejo amigo y compañero de luchas de Alberdi, Juan María Gutiérrez, ocupó una banca de convencional en la Asamblea que dictó la Constitución. Su calidad de miembro de la comisión redactora del respectivo proyecto, y sus eximias condiciones personales, contribuyeron a que fuera una de las más destacadas figuras de la Convención.

De las actas de la Convención se desprende que Alberdi gozaba de gran consideración y respeto en la Asamblea, el párrafo de la correspondiente Comisión de Negocios Constitucionales, donde se dice *"Es la obra del pensamiento actual argentino, manifestado por sus publicistas"*, es bien sugerente y evidente. Tampoco puede afirmarse seriamente que la Convención de Buenos Aires de 1860 haya alterado sustancialmente la Constitución de 1853.

La polémica planteada en cuanto a la mayor o menor influencia que Alberdi tuvo, en definitiva, en el texto final de la Constitución no atenúa su prestigio. Su talento ha sido reconocido por todos, incluyendo a Sarmiento y a Mitre, sus más ardientes adversarios han admitido que el publicista orientó el célebre Congreso de Santa Fe en la memorable misión de darnos la Constitución Nacional, cimiento de la organización del Estado y factor de progreso y fuente de convivencia pacífica y digna de los habitantes del país [33].

[32] QUESADA, Ernesto, *La figura histórica de Alberdi*, 2ª ed., Imprenta Scherone, 1919, p. 21.

[33] DÍAZ ARANA (h), Juan J., *Influencia de Alberdi...*, cit.

El énfasis que hemos puesto en los aportes de Benjamín Gorostiaga, Mariano Fragueiro y de Pedro De Angelis como influencias que nutrieron el texto de la Constitución histórica de ningún modo buscan empañar la notable influencia que tuviera Juan Bautista Alberdi desde las *Bases* y su *Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas*, así como desde *El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, que significó la primera obra de interpretación de la Constitución histórica.

Nuestro reconocimiento a Alberdi como "padre de la Constitución" es bien conocido en orden a trabajos anteriores [34], y en modo alguno somos partidarios de revivir falsas polémicas de algunos historiadores, que no nos queda del todo claro si fueron posiciones irreductibles o constructivos debates de ideas.

Creemos en el valor de la Constitución como prenda de unión nacional, producto no sólo de la necesidad de llevar a la letra los valores que anhelamos, sino también la experiencia de nuestra historia. En ella está la síntesis de nuestra cultura y la forja de nuestra nacionalidad, con mucha sangre y tinta derramada sobre hojas de pergamino. El camino de la Constitución fue muy largo y muchos nombres se inscriben en ella.

En los tiempos difíciles es bueno recrear el debate de las ideas fundacionales y recordar que fueron muchos los visionarios que, apuntalados sobre la solidez de la cultura y nobles sentimientos de patriotismo, imaginaron un país posible, fundado en la libertad y en la letra de la Constitución escrita.

7. Las primeras interpretaciones doctrinarias

Como es sabido, interpretar significa desentrañar el sentido y alcance de una norma, sobre todo cuando la misma es oscura u ofrece dudas o reparos en cuanto a su significado. Los alemanes suelen distinguir las cosas con proverbial contundencia: si la norma es clara, se aplica, en cambio si es oscura, se interpreta [35].

Cuando se sancionó la Constitución Nacional en 1853 fue necesario acudir a la interpretación doctrinaria, así como a la difusión y conocimiento del nuevo texto, toda vez que aún no se contaba con una jurisprudencia constitucional como fuente propia, debiendo recurrirse, habitualmente, en los primeros tiempos, a la jurisprudencia norteamericana.

No solamente se había cumplido, en aquellos años, con el anhelo de la organización jurídica y política del país que naciera con el movimiento

[34] DALLA VIA, Alberto R., "El ideario constitucional argentino", LL 12/6/1975 y *Derecho constitucional económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, entre otros.

[35] HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

emancipador y se frustrara en sucesivos intentos constitucionales, como los de 1813, 1819 y 1826, sino que también la organización nacional superaba largos años de luchas fratricidas, adoptando y adaptando fórmulas constitucionales específicas como lo eran el "presidencialismo" y el "federalismo", cuyo modelo originario en el derecho comparado estaba representado por la Constitución de los Estados Unidos de América.

La interpretación y el análisis doctrinario de la Constitución fue, desde el comienzo mismo, una necesidad política, porque lo que para algunos constituía el punto de llegada de un camino tumultuoso, era a la vez el punto de partida de la Nación argentina, como tuviera oportunidad de expresarlo Juan María Gutiérrez en las primeras sesiones de la Convención Constituyente reunida en Santa Fe, con las siguientes palabras "La Constitución no es una teoría, como se ha dicho; nada más práctico que ella, es el pueblo es la Nación argentina hecha ley y encerrada en este código que encierra la tiranía de la ley, esa tiranía santa, única a que yo y todos los argentinos nos rendiremos gustosos. Los pueblos nos la piden con exigencia porque ven en ella su salvación; y es por otra parte la oportunidad más aparente para dársela; debemos hacerlo sin pérdida de tiempo, y pretender su aplazamiento es una acción que no me atrevo a calificar..." [36].

Para otros, en cambio, la sanción de la Constitución era un punto de ruptura, de quiebre racionalista con el pasado y las tradiciones asentadas en el orden político que se había consolidado durante la tiranía de Juan Manuel de Rosas durante la vigencia de la Federación. En ese sentido, Martínez Estrada, desde un nacionalismo exacerbado, ha calificado a la Constitución como una "mala copia" que no consideraba las que él mismo denominó "fuerzas mecánicas" y "fuerzas telúricas" [37].

En esta instancia nos parece conveniente, a los efectos de este trabajo, distinguir, la interpretación en particular de los distintos artículos o contenidos que conforman la Constitución, que en general realizan los jueces y tribunales cuando deben resolver casos donde se ven involucradas cuestiones constitucionales simples o complejas, o bien, la doctrina cuando estudia o explica aspectos particulares de la norma constitucional (v.gr.; el derecho de propiedad o el debido proceso).

Esto último, sin perjuicio del principio de unidad que tiene singular importancia cuando se trata de hermenéutica constitucional. La unidad interpretativa es relevante en la interpretación jurídica en general, pero lo es tanto más

[36] RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas...*, cit., vol. IV, p. 48.

[37] MARTÍNEZ ESTRADA, Ezequiel, *Radiografía de La Pampa*, 13ª ed., Losada, Buenos Aires, 1942.

cuando se trata de interpretar la norma fundamental del ordenamiento, donde los principios de unidad y de supremacía adquieren singular relevancia.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho, en reiterados pronunciamientos, que las distintas normas de la Constitución no deben ser puestas en pugna entre sí, sino que deben armonizarse buscando que todas conserven igual valor y efecto [38].

Pero, aun así, puede ocurrir que las distintas interpretaciones se refieran a "puntos regidos por esta Constitución", donde la interpretación judicial cobrará indisimulado protagonismo, a tal punto que se ha dicho *"La Constitución es lo que los jueces dicen que es"*. En la actualidad se abona esa tendencia con la llamada doctrina de la "Constitución viviente" (*living constitution)* [39], pero sería justo señalar que desde los primeros fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos, el *chief of Justice*, John Marshall enfatizó por parte de los jueces la interpretación de una norma particularmente "abierta", destinada a sobrevivir varias generaciones [40].

Pero aquí no nos estamos ocupando de la interpretación de cuestiones particulares regidas por uno o más puntos de la Constitución bajo la perspectiva del principio de unidad o de supremacía, sino de su interpretación como unidad, en sí misma. Se trata, en definitiva, de determinar el modelo, la ideología, el *telos* de la Constitución como unidad y no como proyección del principio de unidad. El tema así planteado nos llevará, fatalmente al problema de la ideología o del contenido de la Constitución.

En el caso "Eduardo Sojo" (1887) la Corte señalaba: "El *palladium* de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el *palladium* de la libertad es la Constitución, ésa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales, cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa, debe ser objeto primordial de las leyes, la condición esencial de la justicia federal".

De lo dicho hasta aquí, resulta lógico concluir que las primeras interpretaciones doctrinarias de la Constitución Nacional fueron las de los juristas y publicistas contemporáneos a la sanción de la misma y que, en buena medida, se dirigieron a arrogarse el derecho de una interpretación "auténtica", no en el sentido técnico del término, sino tratando de marcar el *indirizzo* (dirección) o el *telos* (finalidad) de la Constitución.

De esa manera, en una primera línea de tempranos "intérpretes doctrinarios" de la Constitución Nacional podemos ubicar a Juan Bautista Alber-

[38] Ver fallo Corte Sup., "Soffa, Alberto" de 1960, entre tantos otros.

[39] SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

[40] Caso "Mac Culloch v. Maryland", 1813.

di, Domingo Faustino Sarmiento y José Benjamín Gorostiaga. A partir de ellos iría naciendo la doctrina de la Constitución y el desarrollo y evolución del constitucionalismo argentino.

8. Los primeros doctrinarios: Alberdi, Sarmiento y Gorostiaga

Sabida es la importancia que tuvieron las *Bases* de Alberdi en la sanción de la Constitución de 1853, en especial la segunda y tercera edición de la obra, que también contenían el *Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas*. Ello sin perjuicio de la encendida polémica destinada a determinar qué incidencia real tuvo aquel proyecto frente a las fuentes consideradas originarias, como el *Esbozo* y el *Proyecto* elaborados por Benjamín Gorostiaga, y a otros antecedentes, entre los que se destaca la Constitución de 1826, la Constitución de los Estados Unidos y, en el ámbito doctrinario, los textos de *El federalista*, de Hamilton, Madison y Jay, así como la obra del constitucionalista italiano Pellegrino Rossi.

De ese modo, en una serie de artículos publicados en el diario *La Nación* de Buenos Aires, Bartolomé Mitre relativizaba la influencia que habría tenido Alberdi en el texto finalmente aprobado de la Constitución, sin perjuicio de dejar a salvo el esfuerzo y la vocación patriótica que el mismo pusiera en la causa.

El sentido periodístico que imperaba en aquellos años llevaba a los diarios a convertirse en foros de debates y difusores de ideas, en tal sentido, el propio Mitre había concebido a *La Nación* como una *tribuna de doctrina* y dentro de ese marco conceptual se difundió esa importante serie de artículos.

Después de sancionada la Constitución de 1853, Alberdi publica el *Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina según su Constitución de 1853*, y lo hace, precisamente, para interpretar el texto de la Constitución cuya inspiración reivindicaba.

Sucede que, a poco de sancionada, comenzaron las polémicas respecto de su autoría y de quién o quiénes fueron los autores que más influyeron. Particularmente, respecto del contenido económico de la Constitución, se ha resaltado la influencia de Mariano Fragueiro, quien fue ministro de Hacienda de la Confederación al tiempo de reunirse la Convención Constituyente.

Así se ha dicho que las dos obras de Fragueiro *Cuestiones argentinas* y *Organización del crédito*, eran bien conocidas por los constituyentes e influyeron en la redacción de distintos artículos del texto definitivo, especialmente en aquellos de contenido económico, como los referidos a aduanas, moneda, creación del banco nacional, derecho de propiedad y otras cuestiones importantes como la referente al trato con los indígenas.

No solamente tuvo influencia la obra de Fragueiro, sino que la propia Convención, reunida en Santa Fe, siguió sesionando como legislatura ordinaria una vez concluida la labor constituyente, a fin de dar sanción a las primeras leyes constitucionales. Lo cierto es que muchos historiadores reconocen la sanción por la misma Asamblea de ese conjunto de leyes primeras, que partían de la supremacía de la Constitución y tendían a fundar sobre bases sólidas y dar desarrollo a la nueva República.

Entre tales normas estuvo la primera ley económica de la Nación que no fue otra que el denominado *Estatuto para la Hacienda y el Crédito*, preparado por el propio ministro de Hacienda, Dr. Mariano Fragueiro y destinado, entre otros aspectos, a regularizar la situación de los empréstitos contraídos por la Confederación y que ahora debía asumir la Nación.

El caso es que los historiadores reconocen en Mariano Fragueiro un perfil ideológico más proteccionista que el liberalismo de Juan Bautista Alberdi. Como cordobés formado en tiempos de la colonia y del derecho patrio, sin mengua de su compromiso con la causa americanista, Mariano Fragueiro abogaba por la defensa de las economías del interior.

De allí que el *Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina según su Constitución de 1853* de Alberdi confronte marcadamente con el modelo colonial hispánico, reivindicando a los "clásicos", que su autor había leído muy bien. En la magnífica introducción de esa obra, Alberdi reivindica el ideario demoliberal de la Constitución invocando expresamente el principio del *laissez faire, laissez passaire* de los fisiócratas y de Juan Bautista Say, para hacer una encendida defensa de la que llama Escuela Industrial de Adam Smith, a la que califica como "doctrina de la libertad", afirmando que a esa doctrina y no a otra pertenece la Constitución de la Nación argentina y sólo dentro de esa doctrina debe ser interpretada, no correspondiendo buscar otras interpretaciones fuera de ella.

El impacto de la interpretación doctrinaria alberdiana sobre los aspectos económicos de la Constitución fue muy fuerte y su contundencia contribuyó a afirmar el modelo agroexportador de la Generación del 80. En un libro de reciente publicación, Juan José Sebrelli sostiene que los hombres del 80 fueron hombres de acción que desarrollaron las ideas de la generación de 1837, donde se destaca el pensamiento de Echeverría, Sarmiento y Alberdi.

El debate sobre el contenido económico de la Constitución es, sin embargo, un debate inconcluso, ya que tanto el modelo liberal como los ensayos populistas, nacionalistas y desarrollistas que se intentaron a lo largo de nuestra historia como Nación, pretendieron siempre fundarse en el texto de la Constitución.

Un acuerdo tácito ha llevado a sostener, como afirmaba Carlos Nino, que la amplitud de las cláusulas económicas permitían albergar en su seno diferentes planes económicos de distinta dirección ideológica. Sin embargo, a poco que se analice el énfasis determinante de Alberdi y la convicción de

Fragueiro, podrá advertirse que tal elasticidad interpretativa nunca estuvo en su ánimo y que tal amplitud derivó a la postre en una pérdida de rumbo que dio cobijo a todo tipo de doctrinas justificatorias; entre ellas, la llamada doctrina de la emergencia económica.

La influencia de Domingo Faustino Sarmiento en la interpretación doctrinaria de la Constitución es muy importante y notable, aunque su causa política, que lo llevara a la Presidencia de la Nación y su condición de escritor destacado hayan, en parte, eclipsado su papel como constitucionalista.

Tuvo a su cargo el primer curso sobre la Constitución Nacional sancionada que se dictara en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, preparado sobre la base de sus *Comentarios a la Constitución Nacional*, escrito en 1853 y, por ende, la primera obra docente sobre la Constitución Nacional. Como ministro Plenipotenciario de la Confederación en los Estados Unidos de América, Sarmiento tuvo oportunidad de conocer la obra de Joseph Story, y sobre la base de esos "comentarios" se inspiró para escribir una obra similar para la Argentina, aun cuando no tenía, en materia de interpretación constitucional, la experiencia de Joseph Story, quien acompañó en su tiempo, como *justice* la tarea del célebre *chief of Justice* John Marshall en la Suprema Corte del país del norte, durante más de treinta años.

Las interpretaciones de Sarmiento volcadas en aquellos comentarios no estuvieron exentas de polémicas. En ese sentido, de manera especial merece destacarse aquella muy célebre que entablara con Alberdi con motivo de la interpretación que el primero hacía del Preámbulo y del valor que, en su caso, cabía otorgarle al derecho norteamericano.

Sostuvo enfáticamente Sarmiento que el Preámbulo de nuestra Constitución adoptó la letra del Preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América *"...haciendo a un lado innovaciones novedosas y renunciando a toda pretensión de originalidad..."*, concluyendo que la Constitución, en sí misma, era una "adaptación" de aquélla.

Concluía, además, que el Preámbulo de nuestra Constitución encierra un cuerpo de doctrina que se desarrolla del siguiente modo: *"...Por él —el Preámbulo— el derecho constitucional norteamericano, la doctrina de sus estadistas, las declaraciones de sus tribunales, la práctica constante, en los puntos análogos o inéditos, hace autoridad en la República Argentina, pueden ser alegadas en juicio, sus autores citados como autoridad reconocida, y adoptada su interpretación genuina de nuestra Constitución..."* [41].

Explica el propio autor de los *"Comentarios"* que *"...en los puntos idénticos o análogos de ambas Constituciones federales hay que atenerse estrictamente a las doctrinas, la jurisprudencia y la experiencia del modelo,*

[41] SARMIENTO, Domingo F., *Comentarios a la Constitución Nacional*, América Unida, Buenos Aires, con prólogo de Clodomiro Zavalía, ps. 53 y ss.

porque sería ridículo pretender que las mismas ideas, expresadas con las mismas palabras para fines idénticos, hubieren en nuestra Constitución de producir diversos resultados, o tener significado distinto".

Sarmiento aconseja lisa y llanamente la imitación de la doctrina de la Constitución de los Estados Unidos, al afirmar que *"...una redacción del Preámbulo revestida de mera fraseología o perifraseada y apartada de su letra actual, habría dejado a la especulación nociva de nuevos estadistas, o a las tentaciones una práctica incipiente, el fundar la legítima interpretación* que debe darse a los conceptos y frases, dando así entrada al arbitrio de las opiniones y a los errores de la inexperiencia...".

Estas afirmaciones que parecen tan contundentes, en buena medida se explican por el método comparado que siguió en sus comentarios y por la adopción del modelo federal norteamericano a modo de síntesis histórica y superación de las luchas civiles entre "unitarios" y "federales", como propuesta genuina de la generación de 1837, originada en la *Ojeada retrospectiva* de Esteban Echeverría y continuada tanto en la obra intelectual de Juan Bautista Alberdi como del propio Domingo Faustino Sarmiento.

Ese pensamiento, que animó e inspiró a los convencionales constituyentes reunidos en Santa Fe, se vio sintetizado en el dictamen de la Comisión de Negocios Constitucionales redactado por José Benjamín Gorostiaga y Juan María Gutiérrez y, muy especialmente, por la presentación del proyecto del primero, en su calidad de miembro informante, oportunidad en que pronunciara su famosa frase en cuanto a que la Constitución de la Nación argentina estaba "vaciada" en el molde de la Constitución de los Estados Unidos.

De allí también que en los primeros tiempos, la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos cobrará un papel fundamental en la interpretación de nuestro derecho constitucional por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, siendo prácticamente irrelevante la mención de jurisprudencia nacional y, tanto menos, las referencias de doctrina.

Así destaca, con razón, Vanossi que la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina tomó inicialmente las palabras de Sarmiento con tal fidelidad que, siguiendo su consejo, en una causa vinculada con la interpretación y alcance de los privilegios parlamentarios [42], declaró, con la firma —entre todos— de José Benjamín Gorostiaga, constituyente en 1853: *"...El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra: Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos*

[42] Caso "Lino de la Torre", 21/8/1877, Fallos 19:231.

utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares..." [43].

Agrega el propio Vanossi que nuestra Corte Suprema ha morigerado tan rotunda afirmación a través de ulteriores pronunciamientos, en los que trasluce una mayor adecuación de su doctrina a las singularidades de la norma constitucional. Así, por ejemplo, con motivo de una fallo acerca del inc. 18 del art. 75 (anterior art. 67, inc. 16) que contempla la llamada "cláusula del progreso" —norma que no reconoce un precedente semejante en el modelo de Filadelfia— ha dicho que *"...Si bien es cierto que hemos adoptado un gobierno que encontramos funcionando, cuyos precedentes y cuya jurisprudencia deben servirnos de modelo, también lo es que en todo lo que expresamente nos hemos separado de aquél, nuestras instituciones son originales y no tienen más precedentes y jurisprudencia que las que se establezcan en nuestros propios tribunales..."* [44].

De lo dicho en estos párrafos puede concluirse que las citas de jurisprudencia norteamericana eran una referencia de doctrina obligada en los primeros tiempos, tendencia que se fue invirtiendo en la medida en que fue tomando desarrollo una jurisprudencia constitucional propia o vernácula.

En algunos párrafos anteriores, señalábamos también a José Benjamín Gorostiaga como uno de los primeros intérpretes de la Constitución Nacional sancionada en 1853. Sabida es su destacada intervención como convencional constituyente y como miembro informante de la Comisión de Negocios Constitucionales que redactara el *proyecto* de Constitución, que en buena medida se traduciría en la Constitución Nacional finalmente sancionada.

En ese mismo sentido, se ha destacado también la gran importancia que el *esbozo* de Gorostiaga, consistente en una serie de apuntes y anotaciones del autor, ha tenido para redactar la Constitución. La influencia del diputado constituyente por Santiago del Estero ha sido especialmente marcada en la redacción del Preámbulo y de la parte orgánica, como lo ha demostrado Vanossi en un profundo estudio sobre el mencionado redactor de la Constitución [45].

Pero no es nuestro propósito destacar la actuación de Gorostiaga como redactor, sino como intérprete de la Constitución. El propio Vanossi, en la obra mencionada, ha concedido a Gorostiaga el rol de "intérprete auténtico", toda vez que habiendo sido redactor de la Constitución, le tocó después aplicarla como juez y presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

[43] VANOSSI, Jorge R. A., "La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América en la Constitución de la República Argentina", separata de la *Revista del Colegio de Abogados de San Isidro*, diciembre 1976.

[44] Caso "Ferrocarril Central Argentino v. Provincia de Santa Fe", 9/7/1897, Fallos 68:234, que suscriben Benjamín Paz, Luis V. Varela, Abel Bazán, Octavio Bunge y Juan E. Torrent.

[45] VANOSSI, Jorge R. A., *La influencia de José Benjamín Gorostiaga...*, cit.

En tal sentido, se ha destacado que pocos casos iguales se han repetido en la historia constitucional, mereciendo destacarse entre los más significativos, los de José Benjamín Gorostiaga y Salvador María del Carril, en nuestro país, y el de Hans Kelsen en la Corte Constitucional de Austria [46].

Señala Vanossi que "...El largo tránsito de Gorostiaga en la Corte Suprema demuestra inequívocamente que era un apasionado protagonista de esta alta función constitucional; nada pudo apartarlo de su vocación madura, ni aun la seductora posibilidad de retornar a la militancia política. ¡Qué mejor prueba de ello que su renuncia al cargo de senador nacional, para el que había sido electo en 1883, en representación de su provincia natal, o más aún, el gesto de resignar la candidatura presidencial que le ofrecen tres años después, en 1886, y todo para continuar en el silencio del quehacer judicial, que sólo se exterioriza por la voz de los fallos. ¡Qué prueba difícil de sortear para otros, cuando median desplantes que no se compadecen con la vida circunspecta del juez! [47].

Aquí cabe hacer una digresión con referencia a la llamada "interpretación auténtica" y al valor que cabe darle a la misma dentro del derecho constitucional. Se llama interpretación auténtica a la que realiza el propio autor de la norma y la misma es de mucha importancia para la interpretación de las leyes donde ante la oscuridad o ambigüedad de un texto corresponde aplicar el criterio hermenéutico que manda desentrañar la llamada "intención del legislador"; nadie mejor que el propio autor de una norma para explicar cuál fue su intención.

Pero el derecho constitucional tiene peculiaridades hermenéuticas que le son propias [48], toda vez que la Constitución se interpreta "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio" y a la especial relevancia que se otorga, en esta materia, a la jurisprudencia de la Corte Suprema, así como a la doctrina de los constitucionalistas, siendo así que, si bien los debates de las convenciones constituyentes están revestidos de un importante valor histórico, no son, necesariamente, una fuente principal de interpretación.

En el caso en particular de Benjamín Gorostiaga, se justifica destacar su consideración como "intérprete auténtico" en razón de la importante labor doctrinaria que le cupo desde su estrado de juez de la Corte, donde, en una etapa fundacional supo contrastar los precedentes norteamericanos con los antecedentes nacionales, dando luz y sentido a la letra de la Constitución que contribuyó a redactar desde un lugar destacado.

[46] VANOSSI, Jorge R. A., *La influencia de José Benjamín Gorostiaga...*, cit.

[47] VANOSSI, Jorge R. A., *La influencia de José Benjamín Gorostiaga...*, cit.

[48] DALLA VIA, Alberto R., *Derecho constitucional...*, cit.

En diferentes materias, Gorostiaga tuvo oportunidad de ir sentando sus opiniones y forjando su pensamiento sobre temas de la Constitución, así, por ejemplo, en el caso "Dávila v. Valdez" [49] consta su voto en disidencia que funda un verdadero orden de fuentes interpretativas:

1) La letra y el espíritu de la ley nacional.
2) Los precedentes tenidos en cuenta para la sanción de esa ley.
3) Las sentencias de nuestra Corte Suprema.
4) Las sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos.
5) Los comentarios de la Constitución y las leyes de aquel país.

9. Las polémicas doctrinarias

Las afirmaciones de Sarmiento en sus inconclusos *Comentarios* se enmarcan dentro de una aguda polémica con Alberdi que se tornó en agria disputa entre antiguos amigos y aliados de causa. Esa disputa comenzó por una intemperancia de Sarmiento —propia de su temperamento— en el prólogo de la *Campaña del Ejército Grande*, que Alberdi respondió con tono severo, con fina altura intelectual, aunque no menos punzante que su contrincante, en las llamadas *"cartas quillotanas"*, donde respondía a la descalificación que hacía Sarmiento del texto constitucional de 1853, acusando al sanjuanino de ser "poco versado" y tener "conocimientos periodísticos". Este último le respondía escribiendo sus famosos *Comentarios*, abundantes en citas constitucionales.

La tenaz oposición de Sarmiento a la Constitución de 1853 se fundaba en su oposición a que Buenos Aires fuese la capital de la República y a que los gobernadores de provincia tuvieran el carácter de "agentes naturales del gobierno federal", que marcaba el art. 107, CN (actual 125). Esa oposición fue variando posteriormente, cuando al aceptar la candidatura a diputado nacional por San Juan recomendara públicamente el acatamiento al texto constitucional.

En sus *Estudios sobre la Constitución argentina de 1853*, Alberdi refuta los argumentos de Sarmiento expresados en los *Comentarios* a la vez que realiza la crítica de la Constitución provincial de Buenos Aires sancionada en 1854, por apartarse la misma de la Confederación argentina.

Fiel a un estilo literario refinado, Alberdi se contrapone al carácter apasionado de Sarmiento, colocándolo en contradicción con sus propios escritos, sobre todo en cuanto a su prédica de fiel seguimiento del modelo federal norteamericano, destacando que el propio sanjuanino en *Argirópolis* había

[49] Fallos 23:276.

destacado nuestras distintas características y evoluciones históricas en uno y otro caso.

En cuanto al tema en particular del Preámbulo, sostiene que Sarmiento *"...confunde constituciones diferentes porque se parecen los Preámbulos..."*, haciendo notar que los fines allí enunciados no son propios del gobierno norteamericano, sino que se trata de los fines esenciales y únicos de todo gobierno racional posible.

Insiste Alberdi en cuanto a la necesidad de que en la interpretación del texto constitucional se hagan gravitar los antecedentes constitucionales argentinos de la Constitución de 1853, dado que *"...tenemos una serie de textos constitucionales proclamados durante la Revolución, que forman nuestra tradición constitucional, y que sin duda alguna han entrado por mucho en la confección de la moderna Constitución y deben naturalmente servir a su comento..."*, señalando el siguiente orden de prioridad en las fuentes de interpretación:

1°) La historia del país.
2°) Sus antecedentes políticos.
3°) Los motivos y discusiones del legislador.
4°) Los trabajos preparatorios de los publicistas.
5°) Las doctrinas aplicadas de la ciencia pública.
6°) La legislación comparada o la autoridad de los textos extranjeros y sus comentadores.

Conforme con el criterio expuesto, agrega Alberdi que *"la ley extraña debe ser interrogada siempre después de la ley propia y nunca sola con exclusión de otras"*; ya que no hay doctrina sino que hay plagio *"cuando no hay generalidad en los textos consultados"*. En una palabra, resulta que el rol de la jurisprudencia extranjera en el proceso de organización constitucional es muy delicado, pues *"...para disolver la unidad o integridad nacional de la República Argentina, bastaría aplicarle al pie de la letra la Constitución de los Estados Unidos, convirtiendo en Estados a lo que son y fueron provincias de un solo Estado"*, de donde, según Alberdi, *"para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica"* [50].

En los referidos *Estudios sobre la Constitución argentina*, Alberdi defiende la originalidad del texto. De allí que afirme *"...Para restablecer la mente de la Constitución argentina, alterada por esos comentarios de desorden y anarquía, ha sido escrito el presente libro, en que el autor ha procurado señalar los antecedentes nacionales y propios que han servido para*

[50] VANOSSI, Jorge R. A., "La influencia de la Constitución de los Estados Unidos...", cit.

formar la Constitución y deban ser las bases de su jurisprudencia". Así, al comenzar el cap. II afirma que, *"...En el libro del señor Sarmiento hay dos cosas: hay un comentario y hay un ataque a la Constitución argentina de 1853..."* [51].

"...La República Argentina no ha copiado literalmente [...] su Constitución a Estados Unidos. Se ha dado un derecho propio asimilando a él una parte del derecho norteamericano. De las discusiones del Congreso contra papel que han hecho los trabajos auxiliares de los publicistas argentinos en la elaboración del texto. Más que por honor del país, es preciso no oscurecerlos, a fin de que la Constitución tenga abundantes comentarios de su mente propia y genuina...".

Y en otra parte añade, refiriéndose a los "comentarios" de Story a la Constitución norteamericana: *"...el señor Sarmiento pone a un lado la vida anterior de la República Argentina, se apodera del texto desnudo y seco de su Constitución reciente; lo sacude, digámoslo así, de sus antecedentes argentinos, y emprende su comentario sin más auxilio que el comentario de la Constitución de Estados Unidos, pudiendo definirse su obra: 'La Constitución argentina comentada por el señor Sarmiento con los comentarios de la Constitución de Norteamérica, por José Story'"* [52]. Lo mordaz del párrafo nos exime de todo otro comentario.

Finalmente, y para resaltar la defensa efectuada por Alberdi en su interpretación de la Constitución de 1853, citaremos algunos párrafos del cap. V de sus *Estudios sobre la Constitución...*, donde dice: *"...Todo es diferente en las dos constituciones, argentina y norteamericana respecto de la organización del gobierno, por más que la forma federal, que le es común las asemeje al ojo del observador inatento y superficial... Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853, y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte América. No hay más que colocar uno enfrente del otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central que había existido por dos siglos. Mil veces se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era análogo y adaptable a nuestra condición de colonia española y de habitantes de la América del Sur..."* [53].

[51] ALBERDI, Juan B., *Estudios sobre la Constitución argentina de 1853*, Colección Grandes Escritores Argentinos, Jackson Editores. Buenos Aires, 1957.

[52] ALBERDI, Juan B., *Estudios sobre la Constitución argentina...*, cit.

[53] ALBERDI, Juan B., *Estudios sobre la Constitución argentina...*, cit., cap. V.

No caben dudas de que esta célebre polémica entre dos personalidades de la talla de Alberdi y de Sarmiento mucho ha contribuido a la interpretación del texto constitucional, habida cuenta de la entrega de pasión e inteligencia que ambos pusieron, desde posiciones opuestas y enfrentadas, en esa patriótica tarea.

Otra polémica resonante, que alcanzó gran repercusión e incluso fue llevada a libro, es la que sostuvieron en 1866 Marcelino Ugarte y Bernardo de Irigoyen sobre si las provincias podían ser demandadas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación [54].

En tal sentido, Ugarte, siguiendo la línea de pensamiento ya iniciada por Delfín Huergo en 1865, sostuvo, con argumentos defensores de la autonomía provincial, que la Corte no tenía competencia en dicho tema. Irigoyen, en 1865, actuando como conjuez de la Corte Suprema en el caso "Domingo Mendoza y Hermano v. la Provincia de San Luis", sostuvo la competencia del tribunal en tales litigios.

Ambos polemistas, en posteriores actuaciones desde el Congreso y desde la prensa, defendieron sus puntos de vista con ardor. En 1866, Ugarte publicó *Las provincias ante la Corte. Estudio de derecho constitucional* e Irigoyen le responde con otro libro que se publicó en 1867 y que se tituló *Justicia nacional. Apuntes sobre la jurisdicción de la Corte Suprema.* En el fondo de esta polémica se encontraba, otra vez, el tema central de discusión en las primeras interpretaciones constitucionales argentinas, cual es el referido a la originalidad del modelo constitucional que defendía Bernardo de Irigoyen, o el seguimiento del modelo norteamericano, que defendiera Marcelino Ugarte [55].

Hubo muchas otras polémicas célebres que contribuyeron tanto a la construcción institucional como a la interpretación de la doctrina de la Constitución, como la que sostuvieron en derredor de la llamada "cuestión capital", de la que participaron, entre otros Carlos Tejedor, Leandro N. Alem, Dalmacio Vélez Sarsfield y José Hernández [56].

10. Los debates en las asambleas constituyentes de Buenos Aires

Y en orden a los debates constituyentes que más arriba referíamos, algunos de ellos han tenido gran importancia en la interpretación ordinaria de la Constitución, especialmente por la calidad de las personalidades que allí intervinieron y el grado de versación en derecho público de los mismos.

[54] PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Historia de la originalidad constitucional argentina*, Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Mendoza, 1994, cap. VII, ps. 77/83.

[55] PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Historia de la originalidad constitucional...*, cit.

[56] RUIZ MORENO, Isidoro, *Federalización de la Ciudad de Buenos Aires.*

No nos referiremos al debate constituyente de 1853 porque aquí no estamos tratando las fuentes y el origen de la misma sino sus interpretaciones doctrinarias posteriores, por lo demás y como bien se ha señalado, sobre las sesiones históricas de 1853 poco se sabe, más que la premura y rapidez con que fue sancionada en las sesiones de abril y sólo ha quedado registrado el debate sobre el art. 2° referido a la adopción o no del catolicismo como religión de Estado, a la cuestión de la Capital que se planteó en la fórmula del art. 3° y el debate sobre el art. 4° [57].

En cambio han sido significativamente importantes en materia de interpretación del texto de la Constitución de 1853, los debates sobre la reforma de 1860 y el de la Convención de Buenos Aires entre 1870-1873, en ambos, distinguidos hombres del derecho público realizaron interpretaciones doctrinarias sobre el texto de la norma fundamental.

Después de la batalla de Cepeda y del Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859, el Estado de Buenos Aires se reservó el derecho de aceptar lisa y llanamente la Constitución de 1853 o de proponer reformas a la misma. Entre los 75 convencionales elegidos por el pueblo de la Ciudad unos, y por las distintas secciones de la campaña otros, se encontraban, sin distinción entre unitarios y federales, ni entre porteños o provincianos, los abogados, los médicos, los escritores, los militares y los estancieros de más prestigio y renombre.

La jerarquía de sus componentes dio a la Asamblea bonaerense una importancia superior a la de su poder. De ahí que, cuando la mayoría derrota a los 17 convencionales que reclaman la incorporación inmediata de Buenos Aires y decide examinar la Constitución para proyectar la reforma, se realiza una tarea constitucional de alto nivel.

Sarmiento ha señalado el sitio que esa convención alcanzó en nuestra historia con las siguientes palabras: *"Es un curso de derecho público que va a abrirse al pueblo, que no conoce, por lo general, lo que importa esa Constitución que se le ha dado"* [58]. La prensa difundirá los trabajos de la Comisión examinadora, primero, y después los discursos que toman los taquígrafos durante las sesiones de la Asamblea. Con todo ello la Constitución adquiere una resonancia que no pudo tener cuando se la elabora silenciosamente en Santa Fe, y se la discute, premiosamente, entre el 20 de abril y el 1° de mayo de 1853.

En el seno de la Convención provincial, la Constitución de 1853 fue revisada por una comisión integrada por los convencionales Bartolomé Mitre,

[57] FAYT, Carlos S., *Fuentes de la Constitución argentina*, con prólogo de Jorge E. Coll, Librería Editorial Dovile, Buenos Aires, 1943.

[58] PADILLA, Alberto G., *Lecciones sobre la Constitución (primera serie)*, Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 30.

Dalmacio Vélez Sarsfield, José Mármol, Antonio Cruz Obligado, y Domingo Faustino Sarmiento. El informe producido por dicha Comisión revisora constituye la fundamentación de las reformas que en definitiva aprobaría la Convención nacional *ad hoc*. Dicho informe fue redactado por Mitre, aun cuando sin desconocer la descollante actuación de su redactor, no puede negarse que asimismo expresa las ideas de los demás miembros de la Comisión y en particular de Sarmiento y Vélez Sarsfield, también de desempeño decisivo en las enmiendas que se proponían [59].

Los ex constituyentes Gorostiaga, Seguí y Del Carril, integraron, con Vélez Sarsfield, Mármol, Elizalde y Cáceres, la Comisión designada para estudiar las reformas propuestas por Buenos Aires. En su despecho introdujo pocos cambios en los puntos sometidos y quedó aprobado en la sesión del 23 de septiembre [60].

La comisión explicaba que *"la publicidad de la discusión sobre las reformas propuestas por Buenos Aires y los importantes debates que se han tenido en aquella convención y en la prensa de la República, autorizan a la comisión a excusarse de fundar las razones de su dictamen. Todos sus miembros se complacerán en dar los antecedentes y explicaciones que se pidan sobre las reformas que susciten aquella discusión"* [61].

Los debates de la Convención de Buenos Aires de 1860 son importantes y sustanciales, no solamente por los nuevos artículos incorporados a la Constitución, sino por el debate de fondo sobre la Constitución misma y la construcción de la unión nacional, la nueva redacción que se dio al art. 35 es la mejor prueba de ello, pasando de la denominación "Confederación Argentina" a la de "Nación Argentina", que bien puede decirse, nace con la Constitución de 1860 [62].

Pero es también otra Convención Constituyente provincial la que brinda un nuevo marco de debate intelectual que se traslada a la prensa e informa a la ciudadanía sobre los temas de derecho público y el significado de la Constitución Nacional. No referimos a la Convención Constituyente de Buenos Aires que sesionó entre 1870 y 1873.

Cabe recordar al respecto que Buenos Aires se había dado una Constitución en 1854 que marcaba la impronta de su separación de la Confederación Argentina, pero después de Cepeda y del Tratado del 11 de noviembre de 1859, decidida su incorporación a la Nación y reformada la Constitución Nacional en

[59] LINARES QUINTANA, Segundo V., *El espíritu de la Constitución*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 96.

[60] PADILLA, Alberto G., *Lecciones...*, cit., p. 30.

[61] LINARES QUINTANA, Segundo V., *El espíritu...*, cit., ps. 98/99.

[62] RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas...*, cit.

1860, se impone la sanción de una nueva Constitución provincial en orden a lo previsto en el art. 5° del texto federal.

Pero eran aquellos tiempos de divisiones y profundas disidencias que imposibilitaban un debate abierto en el que participaran los distintos sectores de opinión; así la Convención de Buenos Aires de 1860 aprobó las reformas a la Constitución Nacional sin que participaran de tal debate los representantes autonomistas que fueron lisa y llanamente derrotados en la votación.

Se ha destacado, en cambio, que la Convención de Buenos Aires de 1870, convocada por el gobernador Adolfo Alsina, encontró una ámbito de amplia convocatoria a los antiguos grupos federales y autonomistas, como a los sectores conservadores, liberales y mitristas o unionistas. Ese marco permitió un importante debate intelectual sobre los principales contenidos de la Constitución Nacional, animado por los más importantes intelectuales de la época, incluyendo a quienes serían destacados catedráticos de derecho constitucional en la Universidad de Buenos Aires, como José Manuel Estrada y Aristóbulo del Valle y de la futura Universidad de La Plata, como Dardo Rocha.

En un magnífico libro sobre esa Convención, el profesor Dardo Pérez Guilhou, después de describir el marco en que se desarrolló, cómo se integró y los temas debatidos desde las distintas posiciones ideológicas, señala cuáles fueron las fuentes intelectuales que animaron las discusiones, así como los autores más citados, destacando como curiosidad que en esa oportunidad ni Sarmiento ni Alberdi fueron invocados como autoridades en la materia, destacando asimismo que si bien se respetan los convencionales entre ellos por sus discursos, existen dos que alcanzan autoridad moral sobre los demás y que son Bernardo de Irigoyen y Luis V. Varela, quienes logran permanente referencia a su saber [63].

Así se ha señalado la presencia de autores norteamericanos entre los que se destacan los autores de *El federalista*, Madison, Hamilton y Jay, además de Story, Curtis, Pommeroy, Kent, Webster, seguidos por los más modernos Lieber y Carey, extendiéndose la admiración por lo norteamericano a las obras de los franceses Tocqueville y Laboulaye, en especial la obra del primero *La democracia en América*. Los más decididos defensores del seguimiento de la doctrina norteamericana en la Convención fueron Mitre y Gutiérrez, en tanto que la posición de réplica desde un criterio más nacional fue sostenida por Alsina quien para ello se apoyaba en una traducción de la obra de Lieber realizada por Juana Manso [64].

[63] PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Liberales, radicales y conservadores. Convención Constituyente de Buenos Aires 1870-1873*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Plus Ultra, 1997, cap. VIII, p. 123.

[64] PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Liberales, radicales y conservadores...*, cit., cap. VII.

Entre los autores ingleses se registran como más citados a Blackstone, Macaulay y Stuart Mill, aunque también aparecen referencias a Gibbon en materia de historia universal, siendo el convencional Vicente Fidel López quien más recurra a esa literatura. En tanto por parte de los autores franceses se registra la influencia de Dupin quien inspira la teoría de los derechos naturales defendida por Bartolomé Mitre y Montesquieu, citado con mucha frecuencia para fundar distintos temas por los convencionales Guido, Varela, Mitre y Rocha, apareciendo también las citas a Thierry, Guizot y Tocqueville [65].

Destaca especialmente Pérez Guilhou la influencia de Filangieri, quien aparece como un influyente de nuestras letras desde la Revolución de Mayo, a quien acude con frecuencia Alsina, sobre toda en su famosa obra *La ciencia de la legislación*, donde el discípulo de Montesquieu pone de relieve la singularidad de cada régimen político, dada la importancia que tiene en el dictado de las leyes, el clima, la abundancia o esterilidad del terreno, la situación y extensión del país y la madurez del estado de un pueblo. Finalmente, agrega el autor que venimos siguiendo en esta parte, no obstante las diferentes generaciones intelectuales a que pertenecían los asambleístas —la de 1837, López, Guido; la de 1853, Mitre, Navarro Viola, Quesada; la de 1866, Estrada, Goyena, Cambaceres— todos ellos, en general, fueron tocados por el romanticismo iniciado en 1837 que se ha ido expresando de muy variada manera a través del tiempo y de los autores [66].

Entre las destacadas personalidades que integraron esa importante Convención provincial merecen destacarse entre los federales rosistas a Bernardo de Irigoyen, Manuel Navarro Viola, Luis Sáenz Peña, Lorenzo Torres y Federico Pinedo; entre los federales urquicistas a Emilio de Alvear, José Tomás Guido, Vicente G. Quesada y Domínguez. Entre los emigrados, la figura descollante era Vicente Fidel López. Por el lado del autonomismo arribaron a la Convención José Manuel Estrada, Pedro Goyena, Cambaceres, Quintana, Dardo Rocha y Aristóbulo del Valle, además de los dirigentes maduros del partido que eran Adolfo Alsina, Mariano Acosta y Rufino Varela. Además de todos ellos estaban sentados en la Asamblea los liberales mitristas, apodados nacionalistas entre quienes sobresalían el propio Bartolomé Mitre, Rufino de Elizalde, Zapiola, Ocantos, Luis Huergo y Carlos Tejedor. La lista habla por sí misma del nivel de debate y de concordia política que tuvo esa Convención que abriría el paso de la unificación de las tres presidencias históricas, las de Mitre, Sarmiento y Avellaneda bajo el imperio de la Constitución Nacional.

[65] PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Liberales, radicales y conservadores...*, cit., cap. VII, ps. 121 y ss.

[66] PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Liberales, radicales y conservadores...*, cit.

11. Las primeras cátedras de Derecho Constitucional

Una línea de interpretación doctrinaria de singular relevancia es la que surge de la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, que por aquel entonces era sólo una y no varias como ocurre en la actualidad, debido al gran incremento del estudiantado universitario y de la difusión que adquirió la materia desde la recuperación de la democracia en 1983 [67].

Ya hicimos referencia, *ut supra*, al curso sobre *Lecciones de derecho constitucional* a cargo de Domingo Faustino Sarmiento y que seguía en su programa el método comparado, principalmente con la Constitución de los Estados Unidos y los comentarios a la misma de Joseph Story, y que resultara el primer curso sobre la materia que se dictara en la Facultad.

Pero la primera conformación formal de la cátedra de Derecho Constitucional se produjo recién en el año 1868, en buena medida por la insistencia de Alberdi ante el rector de la Universidad, como lo prueba la correspondencia de éste con Juan María Gutiérrez. El primer profesor titular fue el abogado colombiano Florentino González, quien se encontraba refugiado por motivos políticos.

De la lectura de sus *Lecciones de derecho constitucional* resulta que consideraba que la asignatura era una rama de las ciencias sociales y dando preferencia a la exposición general de los principios sobre la libertad y la democracia, destacando sus ventajas con las citas de autores cuyas opiniones transcribe. Posiblemente por su condición de extranjero, no hace referencia a nuestros antecedentes y rara vez se refiere a los artículos en particular de la Constitución, y cuando lo hace es para criticarlos o censurarlos [68].

Así, por ejemplo, al ocuparse del art. 14, considera un error que los derechos de profesar el culto y de publicar sus ideas por la prensa puedan reglamentarse, en tanto los considera "derechos absolutos". También critica a la Constitución cuando establece que cada provincia forma un distrito electoral y, en cambio, se coloca en un terreno de defensa del federalismo cuando censura la libertad del gobierno nacional para intervenir en los casos de violencia doméstica, o cuando critica que el Congreso Nacional tenga facultad para dictar los llamados códigos de fondo [69].

[67] En la actualidad los profesores titulares de cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires son los Dres. Gregorio Badeni, Néstor Pedro Sagüés, Daniel A. Sabsay, Juan Vicente Sola, Alberto Ricardo Dalla Via y Susana Graciela Cayuso. Es profesor asociado el Dr. Roberto Gargarella. Es profesor titular emérito el Dr. Germán J. Bidart Campos y profesor titular consulto el Dr. Miguel Padilla.

[68] PADILLA, Alberto G., *Lecciones...*, cit., cap. V, p. 42.

[69] PADILLA, Alberto G., *Lecciones...*, cit.

A partir de 1875, la cátedra estuvo a cargo de José Manuel Estrada, quien no era abogado, pero a quien algunos consideran el verdadero fundador de la cátedra [70]. Estrada sería destituido del cargo en razón de sus luchas religiosas.

La publicación de su obra docente tuvo inicios en 1880 para ser interrumpida cuando solamente habían aparecido los capítulos correspondientes a: definición y fuentes del derecho constitucional; declaración de derechos y garantías en general; la igualdad; las garantías de la libertad civil y de la seguridad personal; el derecho de propiedad y la libertad de asociación.

Una versión de sus *Lecciones...*, tomadas por sus alumnos, apareció más tarde y, junto con artículos, conferencias y discursos sobre temas constitucionales, formaron los tres tomos que con el título de *Curso de derecho constitucional* integró la publicación de sus *Obras completas* realizada mucho tiempo después de su muerte.

Estrada clasificó al derecho constitucional como una rama de las ciencias jurídicas, y no de las ciencias sociales, considerando que su estudio debía comprender el de la organización del gobierno, así como el del modo, condiciones y objeto con que se ejerce la autoridad. La historia, la tradición y las costumbres propias del país debían ser fuentes generales para esos estudios, completados con el de los principios del derecho natural y comparado, siendo aplicables, por lo demás, los métodos comunes para las otras ramas del derecho escrito.

Sobre el período de Estrada al frente de la cátedra de Derecho Constitucional, ha escrito Paul Groussac [71], con su habitual sentido hipercrítico, "...Las *Lecciones de derecho constitucional* que a partir de 1875 dictó Estrada en la Facultad, prescindiendo de apéndices inconexos, llenan el tomo VI de las obras y la mitad del siguiente, observan el plan estrictamente didáctico de un texto universitario que gana en utilidad para el examinando, lo que pierde en interés para el lector. Se limita a desarrollar un comentario ordenado de la Constitución argentina, considerándola como un código sobre cuyos artículos debe el estudiante ser interrogado, y haciendo abstracción completa de su origen y evolución orgánica.

"...El comentario es ilustrativo, metódicamente expuesto, informado en sana y vasta doctrina, a la que el acento convencido del catedrático infunde calor persuasivo. No pasa de ser la gloria viva de un texto muerto, faltando demostrar cómo ha sido éste elaborado por engendramientos sucesivos a través de mil obstáculos y diez ensayos malogrados. Un tratado de 'dere-

[70] PADILLA, Alberto G., *Lecciones...*, cit.

[71] GROUSSAC, Paul, *Los que pasaban*, Sudamericana, cit. por VANOSSI, Jorge R. A., *La enseñanza del derecho constitucional. Escuelas, tendencias y orientaciones*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, 2000.

cho constitucional' que no se refunde en una historia constitucional de la Nación, se condena a ser un ácido catecismo *ad usus scholarum*.

"...Tal es, desde luego, la superioridad de concepción y estructura que se nota en el curso dictado por Don Aristóbulo del Valle, segundo sucesor de Estrada en la Facultad. El curso de Del Valle se consagra a historiar principal, y casi exclusivamente el estudio de las varias gestaciones, abortos y, por último, feliz alumbramiento del organismo constitucional argentino, desde la colonia hasta la batalla de Pavón.

"...Puede sorprender el que de los dos profesores sea el historiador quien, trocados los papeles, vacía su enseñanza en un modelo rigurosamente jurídico. Acaso explique esa actitud de Estrada, el hecho de haber sido en este medio todavía salmantino (donde el tratamiento de 'doctor' sigue siendo de rigurosa observancia), el primer profesor universitario sin borla electoral. ¿Pondría en ello cierta coquetería de catedrático en mostrarse allí más jurídico que los juristas?

"...Sea como fuere, encuentro mezquino, para no decir erróneo, tal concepto de la materia doctrinal, y, sin duda, a este plan defectuoso se debe el menor interés y la relativa inferioridad de su obra expositiva respecto de otras cuyos autores, seguramente, no superan a Estrada por la amplitud del horizonte filosófico o el rigor del pensamiento..." [72].

A Estrada lo reemplazó en la cátedra el Dr. Lucio V. López, quien unía al prestigio de su estirpe el brillo de sus condiciones. Se ha dicho que creía oírse en su voz el eco del Himno que escribió su abuelo, la resonancia de la elocuencia de su padre que defendió el Acuerdo, mientras sus palabras se vestían con las galas de una cultura que él había formado en la frecuentación de los autores antiguos y modernos, y en su paso por países de Europa que recorrió con emoción de artista y preocupación de gobernante [73].

La asignatura tomó con él una orientación más jurídica. Sin la inclinación de Estrada por las especulaciones filosóficas, más en contacto con la lucha de pasiones e intereses, por su actuación en el foro y la política, López imprimió a la enseñanza de su ilustre antecesor una orientación más profesional y concreta.

Recuerda López que nuestra sociedad, desde el principio, fue exclusivamente democrática, y lo destaca, no para exacerbar a las masas, sino para prevenirnos contra los vicios que se presentan ante nosotros, desde que el personalismo político prospera porque falta *"...la cultura en los grupos..."* y la opinión política no ejerce *"...su justa y merecida preponderancia..."*. Creía en el gobierno asentado sobre la soberanía del pueblo, pero hacía notar

[72] VANOSSI, Jorge R. A., *La enseñanza del derecho constitucional...*, cit., ps. 2 y 3.

[73] PADILLA, Alberto G., *Lecciones...*, cit.

que en la representación debe constar no sólo la cifra aritmética sino también los grandes intereses morales y materiales que integran la sociedad.

Lucio V. López murió de las resultas de un duelo. Carlos Pellegrini dijo, en desgarrante expresión, que esa muerte arrancó al país un *"lamento de amarga pena, grito airado de justa protesta, mezcla confusa de tristeza e indignación"*.

Llegó entonces a la cátedra el Dr. Aristóbulo del Valle, tribuno y hombre de intensa acción política. Con las notas tomadas por sus discípulos fueron redactadas las *Nociones de derecho constitucional*, aparecidas en 1897, después de su muerte repentina, ocurrida mientras desarrollaba su primer y único curso, aunque ya en 1896 se habían publicado apuntes de sus clases recopilados por Octavio J. Acevedo [74].

En su clase inaugural hizo una comparación entre las enseñanzas de Estrada y de López y definió a la asignatura como *"la parte del derecho público que se ocupa de la organización del gobierno y de las relaciones de éste con los individuos sometidos a su autoridad"*. Explicó la naturaleza del acto constituyente y trazó un cuadro animado de nuestros antecedentes históricos, en algunos pasajes con rasgos notables, como cuando describe las sesiones de junio de 1852 en la Legislatura de Buenos Aires.

Su sucesor en la cátedra, recogió de uno de sus discursos en el Congreso la definición que hiciera de la forma republicana de gobierno, definición penetrante y completa que sigue repitiéndose y mantiene el recuerdo de su nombre entre los estudiantes que no conocieron el fulgor de su elocuencia.

El Dr. Manuel Augusto Montes de Oca fue llamado para ocupar la vacante. Joven, y aún sin el prestigio de sus predecesores, el nuevo profesor completó una muy destacada tarea docente, que se aprecia en los dos tomos de sus *Lecciones de derecho constitucional*, publicados en 1910. Sin detenerse en una introducción histórica, porque los antecedentes los va mencionando en el curso de la exposición, el Dr. Montes de Oca, después de explicar qué es una Constitución, entra en el análisis de la nuestra, tomando cada uno de los párrafos del Preámbulo para hacer su exégesis y seguir luego con la de cada uno de sus artículos.

La jurisprudencia de la Corte, al haber entonces adquirido más desarrollo, pudo tomar ya en esta obra el sitio que corresponde darle en el estudio de la Constitución. A la referencia de los casos prácticos resueltos por el tribunal, en los que se ve vivir la Constitución, agregaba el Dr. Montes de Oca una imparcial mención de los hechos de nuestra realidad política e institucional. No en vano dijo que *"la ciencia constitucional es experimental, de*

[74] ACEVEDO, Octavio J., "Apuntes de derecho constitucional", tomados de las *Conferencias del Dr. Del Valle sobre los artículos 13 hasta el 35 de la Constitución Nacional*, Argos, Buenos Aires, 1896.

manera que los datos de la experiencia son preciosos para la apreciación de las doctrinas" [75].

No puede soslayarse en este trabajo sobre las primeras interpretaciones doctrinarias, el aporte realizado desde las cátedras, en la interpretación y docencia de la Constitución Nacional, aportes y estudios que se incrementarán notablemente con posterioridad, al aparecer las obras de Joaquín V. González y de Juan A. González Calderón, quienes inician la etapa de la enseñanza metódica del derecho constitucional a partir de sus dos importantísimas obras *Manual de la Constitución argentina* y *Tratado de derecho constitucional argentino* en tres tomos, respectivamente.

El profesor Jorge A. Aja Espil ha realizado la siguiente clasificación de las que denomina "Escuelas de derecho constitucional" [76]:

1°) *Escuela liberal:* en la que incluye a Juan Bautista Alberdi, Domingo Faustino Sarmiento, Lucio V. López, Aristóbulo del Valle y, en menor medida, al cordobés Mariano Fragueiro.

2°) *Escuela católica:* en la que surge como líder inicial José Manuel Estrada, luego Faustino Legón, Juan Casiello y muchos otros.

3°) *Escuela platense:* protagonizada por los dos González, por Joaquín V. González —el iniciador— y por Juan Antonio González Calderón que ocupó la cátedra hasta 1947 y fue autor, como ya se dijo, del primer monumental *Tratado de derecho constitucional* en tres tomos, que es un clásico en la materia.

4°) *Escuela alberdiana:* en la que Aja Espil incluye a José Nicolás Matienzo, a Padilla, a Lanfranco y a Linares Quintana.

5°) *Escuela socialista:* que incluye a Alfredo Palacios y Carlos Sánchez Viamonte.

De la clasificación mencionada surge la importancia que tuviera la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de La Plata en las primeras interpretaciones de la Constitución Nacional, cátedra que inaugurara Joaquín V. González pero que no ocupara en forma permanente, sino que también ocuparan otros grandes hombres de su época como Agustín Álvarez, José Nicolás Matienzo y Juan A. González Calderón.

No está demás recordar que la enseñanza completa del derecho público se demoraría en algunos años. La asignatura Derecho Público Provincial y Municipal aparece a comienzos del siglo XX en la Universidad Nacional de Córdoba, y, después, en Buenos Aires donde se la denominaría Derecho federal, cátedra en la que se destacó el profesor Clodomiro Zavalía.

[75] MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, La Buenos Aires, Buenos Aires, 1903, p. 95.

[76] AJA ESPIL, Jorge A., *Lecciones de derecho constitucional*, Tea, Buenos Aires, 1972.

Las cátedras de Derecho Constitucional han ido conformando con el transcurso del tiempo, una destacada doctrina que ha alcanzado alto reconocimiento científico e intelectual, tanto en el ámbito iberoamericano, como en los países europeos y de América del Norte. El desarrollo del constitucionalismo argentino y de sus prestigiosos autores, se ha concretado en la conformación de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, institución de reconocido prestigio académico [77].

12. Las primeras tesis doctorales

También contribuyeron a la interpretación doctrinaria de la Constitución Nacional las primeras tesis doctorales de derecho público que se refirieron a la misma y que fueron marcando una tendencia que anteriormente era exclusiva de tesis en el derecho privado. Por otra parte, el prestigio de los primeros doctorandos y el nivel de sus investigaciones, unidos a sus méritos científicos y a sus trayectorias en el ámbito institucional, hizo que algunos de ellos alcanzaran la cátedra universitaria, como fueron los casos de Dardo Rocha y de Aristóbulo del Valle.

En aquellos tiempos iniciales los tribunales de tesis estaban presididos por una figura expectable como el rector de la Universidad o el decano de la Facultad y, además del vocal, que solía ser el catedrático de la materia, intervenía el padrino de la tesis y había dos contradictores que solían ser graduados o estudiantes avezados en el conocimiento de la materia y eran quienes en realidad debatían o atacaban con agudeza los argumentos que defendía el doctorando.

Para esta parte del trabajo hemos consultado las tesis que se encuentran en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, así como el texto de una tesis editada que se encuentra en nuestra biblioteca personal [78], más un estudio realizado por el profesor Pérez Guilhou sobre el tema en un valioso libro antes citado [79].

Se destaca así las tesis de Dardo Rocha sobre el tema "Derecho Federal", defendida en 1863 donde concluye que a pesar de los antecedentes políticos y de las condiciones políticas que llaman a la República Argentina al

[77] Entre los más destacados constitucionalistas que integran o han integrado la Asociación Argentina de Derecho Constitucional cabe citar a los Dres. Adolfo Rouzat, Pedro J. Frías, Germán J. Bidart Campos, Julio Oyhanarte, Juan Francisco Linares, Pablo Ramella, Carlos M. Bidegain, Segundo V. Linares Quintana, Genaro Carrió, Mario Justo López, Jorge Reinaldo A. Vanossi, Néstor Pedro Sagüés y Humberto Quiroga Lavié, entre muchos otros destacados maestros del derecho constitucional.

[78] PEREYRA MIGUEZ, Américo, "Revista de la Constitución Nacional" (tesis), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de La Plata, Imprenta El Día, 1901.

[79] PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Liberales, radicales y conservadores...*, cit., p. 25.

UNIVERSIDAD CAT
BIBLIOTECA

sistema unitario, la ley federativa es la única compatible con su paz y libertad actual.

La tesis de Aristóbulo del Valle, sobre el tema "Intervención del gobierno federal en el territorio de los Estados", fue defendida en 1869, actuado como presidente del Tribunal Juan María Gutiérrez, como vocal de derecho constitucional el profesor Florentino González, padrino de tesis Luis V. Varela y replicantes o contradictores fueron Eugenio Cambaceres y José María Rosa. En ella insiste en que todo poder directa o indirectamente deriva de la gran masa del pueblo. La República —dice— en su acepción más lata es el gobierno del pueblo, bajo la base de la igualdad [80].

También en 1869 Carlos Pellegrini defiende su tesis sobre "Derecho electoral" ante el tribunal presidido por Juan María Gutiérrez, con Florentino González como vocal catedrático de derecho constitucional, el padrino de tesis fue Luis Lago García y los replicantes o contradictores Juan C. Lagos y Carlos Marenco. En su tesis, Pellegrini examina las distintas posiciones que sostienen el voto calificado y concluye que en su opinión la lectura y la escritura son conocimientos bastantes para poner al individuo en condiciones de capacidad suficientes, argumento que contraría el sufragio universal, secreto y obligatorio que recién llegaría con la ley 8871 pero que expresa el pensamiento conservador aristocrático de exclusión de las masas populares de la participación política, fundado en razones de instrucción, aun cuando expresamente haya rechazado en la tesis otros fundamentos de calificación del sufragio como la exigencia de determinada renta o la condición de propietario [81].

En 1870 Adolfo Rawson defendió su tesis titulada "Estudio sobre el juicio político" ante el tribunal presidido por Juan María Gutiérrez e integrado con el vocal de derecho constitucional, profesor Florentino González, con el padrino de tesis Bernardo de Irigoyen y los replicantes Zoilo Imbaldi y Juan Antonio González. En la misma desarrolla una explicación del funcionamiento del juicio político, describiendo sus orígenes, su finalidad institucional y las normas de la Constitución que lo rigen [82].

A estas primeras tesis fueron sucediéndose muchas otras que pusieron el acento en interpretaciones sobre la Constitución Nacional, tanto en la Universidad de Buenos como en la Universidad de La Plata, como ejemplo de esa tendencia podemos señalar la defendida en 1901 por Américo Pereyra Miguez, cuyo padrino de tesis fuera el Dr. Dardo Rocha y que bajo el título "Revista de la Constitución argentina" realizara un amplio análisis de

[80] DEL VALLE, Aristóbulo, "Intervención del gobierno federal en el territorio de los Estados" (tesis), Imprenta del Plata, Buenos Aires, 1869.

[81] PELLEGRINI, Carlos, "Estudio sobre el derecho electoral" (tesis), Imprenta del Plata, 1869.

[82] RAWSON, Adolfo, "Estudio sobre el juicio político" (tesis), Imprenta de la Tribuna, 1870.

la Constitución Nacional y del sistema republicano, representativo y federal por ella sostenida, abogando entre otras cuestiones por una generalización del sufragio ante el hecho evidente de la multiplicación de partidos políticos y expresiones de ideas y la exclusión del voto de los habitantes de los entonces numerosos territorios nacionales [83].

13. Publicaciones y otros aportes

No todos los doctrinarios del derecho constitucional han sido los profesores que ocuparon las cátedras, como lo demuestran los ya citados casos de Alberdi, Sarmiento y Gorostiaga. A ellos habría que agregar los aportes de Nicolás Calvo quien tradujera desde el inglés las *Lecciones de derecho constitucional* compiladas por Orlando Bump, y quien a su vez escribiera una importante *advertencia preliminar* a la obra de Joseph Story.

Particularmente importante fue el aporte de Agustín de Vedia, quien escribiera la primera obra completa comentada sobre la Constitución, siguiendo el método comparativo con la Constitución de los Estados Unidos a partir, también de la obra de Story [84].

El Dr. Jorge Vanossi ha rescatado el aporte doctrinario de Rodolfo Rivarola, a quien ha calificado de "figura egregia" [85]. Su *Diccionario de la Constitución* queda como un aporte que no envejece en la necesidad recurrente de abrevar en textos que nos permitan dilucidar el significado sencillo y la fuerza recóndita de cada uno de los pilares y cimientos que dan sustento al entramado de las instituciones políticas de la Nación, obra a la que cabe agregar la *Revista de Ciencia Política* y su libro *Del Estado federal al Estado unitario*.

Y en orden a las revistas, cabe mencionar a tres de ellas que alcanzaron temprano éxito, como fueron *Revista de Buenos Aires* (1863), dirigida por Miguel Navarro Viola y por Vicente Quesada; *Revista Argentina* (1868), dirigida por José Manuel Estrada y por Pedro Goyena; y *Revista del Río de la Plata* (1871), dirigida por Andrés Lamas, Vicente Fidel López y Juan María Gutiérrez.

14. El orador de la Constitución

No podríamos finalizar este repaso histórico de las primeras interpretaciones doctrinarias de nuestra Constitución Nacional, sin hacer referencia

[83] PEREYRA MIGUEZ, Américo, "Revista...", cit.

[84] DE VEDIA, Agustín, *Constitución de la Nación Argentina*, Imprenta y Casa Editora de Coni Hnos., Buenos Aires, 1907.

[85] VANOSSI, Jorge R. A., *La enseñanza del derecho constitucional...*, cit.

a quien difundiera con encendido ardor su letra y su espíritu y que por tal motivo mereció en la historia el título de "orador de la Constitución", nos referimos a Fray Mamerto Esquiú, quien a través de sus célebres *Sermones patrióticos* supo difundir el espíritu de Mayo y de la Constitución Nacional [86].

La Constitución Nacional fue sancionada por el Congreso General Constituyente reunido en Santa Fe, el 1° de mayo de 1853, el 25 de mayo del mismo año fue promulgada, estableciéndose la fecha del 9 de julio para su juramento por los pueblos de la república representativa, republicana y federal.

La Constitución sancionada y promulgada institucionalizaba en sabias disposiciones la doctrina constitucional de Mayo, y las circunstancias históricas hicieron que el centro de tan notable acontecimiento no fuera ninguna de las ciudades principales del país sino una humilde, pero gloriosa, capital provinciana.

"La iglesia desbordaba —ha escrito Manuel Gálvez— Catamarca entera congregábase en el viejo templo. No faltaban ni los federales, aunque vencidos, pues no fueron nunca, en su mayoría, sinceros partidarios de Rosas, encontrándose en este caso el propio gobernador. No faltaba tampoco ninguna mujer de linaje.

"Pero el interés de la asistencia no estaba tanto en el tedéum como en el sermón... ¿Cómo se desenvolvería el orador? Por qué aquella Constitución, que establecía la libertad de cultos, era, por esto sólo, manifiestamente liberal y creían algunos que un sacerdote no podía elogiarla.

"Por fin se interrumpió la ceremonia religiosa. Calló la música. Hubo algunos susurros y todas las miradas asaltaron el púlpito [87]: '*Que el individuo, el ciudadano* —proclamaba Esquiú— *no sea absorbido por la Sociedad, que ante ella se presente vestido de su dignidad y derechos procesales; que éstos queden libres de la sumisión a cualquier autoridad; esto es igualmente equitativo; y el carácter permanente de los pueblos civilizados es esta noble figura que nos ofrece el cuadro de la civilización antigua, y que nos trajo la religión con su doctrina y el ejemplo de los fieles que, inmóviles, resistían el impulso tiránico de los gobiernos, de las leyes, de las preocupaciones del mundo entero.*

"He aquí señores, en esta doble independencia la única verdadera libertad, la que es el fundamento de las naciones y elemento de que viven; la preciosa libertad que apenas conoce nuestra Patria y cuya existencia está insinuada teóricamente en dos actos: el de su sanción el año de 1816; nuestros padres de pie, con la mano en el corazón y sus ojos en el cielo, juraron

[86] ESQUIÚ, Fray Mamerto, *Sermones patrióticos*, Colección Grandes Escritores Argentinos, Jackson, Buenos Aires, 1957.

[87] LINARES QUINTANA, Segundo V., *El espíritu...*, cit., p. 73.

y se convocaron para el día siguiente a cumplir su juramento ¡Dios Santo! Treinta y siete años, como treinta y siete siglos han sido este día!'".

En otro notable sermón recomienda la sumisión a la ley con estas palabras: *"...Obedeced señores, sin sumisión no hay ley; sin leyes no hay Patria, no hay verdadera libertad, existen sólo pasiones, anarquía, disolución y males de que Dios nos libre eternamente a la República Argentina"* [88].

Se trata de expresiones que han adquirido un sentido profético y llaman a una profunda reflexión sobre los tiempos que sobrevendrían muchos años después a la sanción de la Constitución. Concluye Fray Mamerto Esquiú con una patriótica incitación *"Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos"*.

15. Las reformas constitucionales

Con el correr del tiempo, el texto histórico iría sufriendo diferentes modificaciones, y ello no solamente por las reformas constitucionales a partir del mecanismo que la propia Constitución estableciera en su art. 30, sino también por vía de interpretación y de las leyes que reglamatan el ejercicio de la norma fundamental (conf. art. 14, CN).

En el siglo XIX, siglo de sanción de la Constitución, se registran dos breves reformas, la de 1866 que tuvo por objeto fortalecer los recursos financieros del gobierno federal y la de 1898 que posibilitó elevar el número de ministros del Poder Ejecutivo. Comenzaban a vislumbrarse cambios que requerían de una mayor atención técnica a los asuntos de Estado, entre tales cambios se registraba la Conquista del Desierto que duplicó el territorio nacional y la capitalización de la Ciudad de Buenos Aires.

En la reforma de 1866 se trató de los arts. 4° y 67, inc. 1° con el fin de dotar de mayores rentas al gobierno federal, comprometido por la Guerra del Paraguay, sancionándose en esa oportunidad la ley 171 que declaró la necesidad de la reforma y fijó el temario y la ley 172 que estableció las formalidades que debían reunir los convencionales y las formalidades para su reunión, siendo ambas leyes, dos requisitos importantes en la reglamentación del art. 30, CN.

Entre 1900 y 1930 se presentaron cerca de veinte proyectos de reforma constitucional que la mayoría de los autores califica de intrascendentes, entre los que cabe citar el de Juan Argerich (1909), José M. Zalazar Altamira (1919), Roberto Parry (1920), Marcelo T. de Alvear y José Nicolás Matienzo (1923), Matías Sánchez Sorondo (1923), Adrián Escobar (1923), Alejandro Ruzo (1925), Horacio Sánchez Loria (1926) y Diego Luis Molinari (1927).

[88] ESQUIÚ, Fray Mamerto, *Sermones...*, cit.

En cambio, se han citado otros proyectos de reforma que sí buscaron cambiar la filosofía del sistema, poniendo el acento en la cuestión social y en el aspecto religiosa, apuntando a consagrar un "Estado civil y laico". En esa línea cabe citar los proyectos de Carlos Olivera (1903), Carlos Conforti (1913), Joaquín Castellanos (1916), Lisandro de la Torre, Enzo Bordabhere, Francisco Correas y otros (1923), Leopoldo Bard (1924) y Juan B. Justo y Mario Bravo (1925).

Pero cuando realmente se manifiesta una seria inquietud por los cambios sociales que se avecinaban a partir de la inmigración europea, fue con la presentación de los proyectos del senador Pedro Olaechea y Alcorta (1911), del senador Del Valle Ibarlucea (1914) y de los diputados socialistas Odone, Pérez Leirós, Castellanos, Dickmann y Repetto (1927). A ese último proyecto de reforma total de la Constitución se opuso el presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado, Joaquín V. González, no obstante señalar que crea necesario "...abrir un poco los cauces a esta fórmula escrita y dejar un poco más de amplitud a la interpretación constitucional..." [89].

Un proyecto que merece especial atención es el del diputado radical Carlos Melo (1917) que propone adoptar modalidades del sistema parlamentario dando mayor poder al Congreso e introduciendo un mecanismo de control sobre el Poder Ejecutivo al establecer una moción de censura a los ministros en caso de reunirse una mayoría de dos tercios de las Cámaras. En ese sentido, cabe señalar que en los años 1910/1911 la *Revista Argentina de Ciencias Políticas* animó una polémica acerca del presidencialismo y el parlamentarismo.

Varios cambios se fueron produciendo a nivel *infraconstitucional* que, sin embargo, tuvieron influencia en la interpretación que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como "último intérprete", iría haciendo del texto de la norma fundamental, pasando desde la llamada *interpretación estática* (apegada al sentido literal del texto) a la *interpretación dinámica* (que toma en cuenta la realidad social circundante). El punto de inflexión que marca el primer cambio en la jurisprudencia de la Corte fue el fallo "Ercolano v. Lanteri de Renshaw" (1922), con la disidencia del ministro Antonio Bermejo.

El 28 de febrero de 1912, el presidente Roque Sáenz Peña presentaba su reforma política que incorporaba la lista incompleta y el voto obligatorio pronunciando, entre otros los siguientes conceptos: *"...Ni el gobierno ha de ser el comité, ni el comité se ha de vaciar en la administración. Yo espero de los señores gobernadores, no sólo el cumplimiento de la ley, sino la influencia moral que me coloque con ellos en la misma comunión patriótica. Tengo confianza en sus declaraciones, y no creo que haya faltado a mi palabra fuerza comunicativa ni virtudes convincentes, por lo mismo que se inspira en un real desprendimiento. La representación nacional no puede ser la expresión de los gobernadores, sino la de los partidos libremente manifestada..."*.

[89] PÉREZ GUILHOU, Dardo, "El constitucionalismo", en *Nueva historia de la Nación Argentina*, t. VII, 4ª parte, "La Argentina del siglo XX c. 1914-1983", Planeta, Buenos Aires, 2001, ps. 476/477.

Concluía finalmente con solemnes palabras *"He dicho a mi país todo mi pensamiento, mis convicciones y mis esperanzas. Quiera mi país escuchar la palabra y el consejo de su primer mandatario. Quiera votar"*.

La sanción de la ley 8871 no aseguró por sí el voto universal secreto y obligatorio como tampoco la Constitución aseguró por sí misma la vigencia del Estado de Derecho. Hubo reacción, turbulencias, lucha y convicciones. El 5 de mayo de 1936, el gobernador de la provincia de Buenos Aires, Manuel Fresco se dirigía a su legislatura señalando que *"con el sufragio universal estamos creando una raza débil y poco viril"*, en tanto que el 23 de noviembre de 1937, Marcelo T. de Alvear denunciaba "la lucha electoral más nefasta y vergonzosa" para referirse a las elecciones fraguadas del 5 de septiembre del mismo año, y el 11 de febrero de 1941, el presidente Roberto M. Ortiz afirmaba que "era necesario condenar toda manifestación de fraude" [90].

Sin embargo, la Ley Sáenz Peña fue un cambio fundamental para pasar del modelo "liberal-burgués" o del "estado oligárquico de derecho" hacia la república demoliberal, trasladando el poder desde las minorías ilustradas hacia las mayorías populares.

También por aquellos tiempos se sancionaron importantes leyes sociales, como la ley 4661 de descanso dominical (1905); en 1907 se creó la Dirección General del Trabajo, que en 1912 se transforma en Departamento Nacional de Trabajo; con la sanción de la ley 9511 (1914) se estableció la inembargabilidad de los sueldos; con la ley 9688 (1915) se reguló lo atinente a accidentes de trabajo; la ley 11.337 (1924) reguló lo referente a trabajo de menores y de mujeres, y por ley 11.544 (1929) se fijan límites a la jornada laboral. La encíclica *Rerum Novarum* así como las influencias de socialistas, anarquistas y sindicalistas influyeron en tales cambios [91].

El golpe de estado revolucionario de 1930 también produjo un intento de reforma constitucional que finalmente no prosperó, pero que de haberse plasmado habría dado lugar a la tesis del poder constituyente originario o revolucionario. La propuesta del gobierno del Gral. José Félix Uriburu motivó una polémica en las páginas del diario *La Nación* de la que participaron destacados juristas.

[90] DALLA VIA, Alberto R., *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho constitucional*, La Ley, 2002.

[91] PÉREZ GUILHOU, Dardo, "El constitucionalismo", cit., p. 480.

El profesor Dardo Pérez Guilhou al referirse al tema en la *Nueva historia de la Nación Argentina*, elaborada por la Academia Nacional de la Historia, se refiere al tema con las siguientes palabras: "Mariano De Vedia y Mitre, Salvador Dana Montaño, Rodolfo Rivarola, Juan Ramón Vidal, Pedro Olaechea y Carlos Ibarguren se manifestaron favorables a la propuesta. Con más inclinación a apoyarla que a criticarla, lo hicieron Arturo M. Bas, Clodomiro Zavalía, Leopoldo Melo y Félix Sarria. En cambio, más propensos a la crítica que al aplauso fueron Carlos A. Tagle y Francisco Correa. En contra de manera absoluta, Rómulo S. Naón. Se expresó calificándola de inoportuna, Marcelo T. de Alvear [...].

"...Lo cierto es que no pasó de un proyecto, Agustín P. Justo, que lo recibió de manos de Uriburu, en el momento de asumir la presidencia, lo relegó al olvido...".

Entre 1931 y 1948 se presentaron trece proyectos de reforma, entre los que se encontraban los de José Nicolás Matienzo (1934), Marcial J. Zaragazaga (1935), como el de los diputados Besasso, Castiñeira y Korn (1936), y otros, todos ellos no alcanzaron mayor trascendencia o repercusión.

En 1938, un grupo de diputados del Partido Demócrata Nacional, Reynaldo A. Pastor, Samuel Alperín, Miguel Osorio, Abel Gómez Rincón, Honorio Basualdo, Juan Labayén, Juan C. Agulla, Benjamín S. González, Daniel Videla Dorna y Raúl Godoy, propiciaron modificar los arts. 37, 40 y 47 para que los diputados sean elegidos por los ciudadanos argentinos de origen y que para ser diputado se requiriera haber nacido en el territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero, e igual requisito para ser electo senador nacional. Con un prurito nacionalista exacerbado, se dejaban de lado en la propuesta, las generosas disposiciones de la Constitución de 1853.

Tuvieron particular importancia los proyectos que presentara el diputado peronista Eduardo Colom (1947/1948), como los de los diputados Bustos Fierro y Miel Asquia (1948) y de José Visca (1948), unificándose entre ellos el texto que daría base a la reforma constitucional de 1949. El proyecto de junio de 1948 está firmado por John William Cooke, Ricardo Guardo, Oscar Albrieu, Joaquin Díaz de Vivar, Ernesto Palacio, Antonio J. Benítez, Manuel E. Lema, Alejandro Leloir, Alcides Montiel, y Eduardo I. Rumbo.

En la reforma constitucional de 1949 tuvo singular protagonismo y relevancia la figura de Arturo Enrique Sampay, nacido en la provincia de Entre Ríos, pero que fue convencional por la provincia de Buenos Aires, a la que representaba y donde había actuado previamente como fiscal de Estado y se había destacado como profesor de derecho político en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Era un estudioso de sólida formación tomista, con conocimientos del derecho público europeo y americano, particularmente influenciado por Carl Schmitt y el *decisionismo* alemán. Sampay presidió la comisión de estudios del anteproyecto y sería el redactor final de la reforma. Entre otros constitucionalistas del justicialismo se destacaron Pablo A. Ramella e Ítalo A. Luder [92].

La ley declarativa de necesidad de la reforma 13.233 no alcanzó los dos tercios de votos en la Cámara de Diputados, requeridos en el art. 30 de la Constitución, circunstancia que impugnó su validez desde el mismo comienzo del proceso reformador y que concluyera en el retiro de las fuerzas opositoras de la Asamblea en una discusión que perduró hasta la caída de Perón y la derogación de la reforma mediante una "proclama" del gobierno de la "Revolución Libertadora". El centro de la discusión de la reforma estuvo en la reelección del presidente [93].

El bloque de la oposición, por intermedio de Moisés Lebensohn, manifestó que el propio miembro informante de la mayoría (Arturo Sampay) había confesado que la reforma del art. 77 se efectuaba *"...para Perón, con el espíritu de posibilitar la reelección de Perón"*, y que los convencionales radicales se retiraban de la Convención porque el debate constituía "una farsa". Sin embargo, el retiro del bloque radical no impidió continuar sesionando a la Asamblea, porque la bancada peronista tenía quórum propio.

El contenido social se manifestó en el art. 37 al incorporar los derechos del trabajador, la ancianidad, la familia, la educación y la cultura, así como en el art. 68, inc. 11 que ordenaba la sanción del Código de Derecho Social; en tanto que el carácter antiindividualista de la reforma se manifestaba en el art. 15 al manifestar que el Estado no reconocía libertad para atentar contra la libertad y por el art. 35 que constitucionalizaba el llamado "abuso del derecho" [94].

No obstante su amplitud, no fue una reforma total. Se agregaron dos frases al Preámbulo y la parte dogmática se dividió en cuatro capítulos: I) Forma de gobierno y declaraciones políticas; II) Derechos, deberes y garantías de la libertad personal; III) Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, de la educación y cultura; y IV) Función social de la propiedad, el capital y la actividad económica; en tanto que la parte orgánica no sufrió grandes modificaciones, siendo la más importante la prohibición de reelección del presidente, que se permitió sin limitaciones y sin cambiar el plazo del mandato que era de seis años.

[92] SAMPAY, Arturo E., *La reforma constitucional*, Biblioteca Laboremus, La Plata, 1949; RAMELLA, Pablo, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1960.

[93] FAYT, Carlos S., *La naturaleza del peronismo*, Buenos Aires, 1967; LEGÓN, Faustino - MEDRANO, Samuel W., *La Constitución de la República Argentina*, Madrid, 1953.

[94] Sobre el tema puede verse nuestro trabajo titulado "Los abusos en el derecho público", publicado como capítulo de nuestro libro *Estudios sobre Constitución y economía*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

El gobierno de la llamada "Revolución Libertadora" invalidó la reforma constitucional de 1949 y en ejercicio de "poderes revolucionarios", declaró la necesidad de la reforma en treinta (30) de sus artículos referidos al régimen electoral, sistema federal, libertades y derechos individuales, autonomías provinciales, equilibrio de poderes y fuentes de energía, entre otros temas, convocando a elecciones de convencionales constituyentes para el 28 de julio de 1957 por el sistema de representación proporcional, variante D'Hondt. Los lineamientos de la convocatoria y de los temas a reformar habían sido sugeridos por una Comisión de Estudios Constitucionales, integrada por Juan A. González Calderón, Sebastián Soler y Carlos Sánchez Viamonte [95].

Apenas iniciadas las sesiones en Santa Fe, en la sede de la Universidad Nacional del Litoral, la Asamblea tomó disposiciones que afirmaron su carácter soberano, a fin de no quedar determinada por los "poderes revolucionarios" invocados por el gobierno *de facto*, sino, por el contrario, buscaba afirmar los poderes propios del cuerpo.

Finalmente, se utiliza una fórmula conciliadora para satisfacer a quienes, como el convencional Alfredo L. Palacios, consideraban que la Convención sólo podía aceptar limitaciones impuestas por ella misma, y a la mayoría que consideraba encontrarse limitada por el decreto-ley de convocatoria.

El 23 de septiembre la Convención resolvió: 1) rechazar las impugnaciones formuladas, declarar la validez del mandato de los convencionales y la legitimidad de la Asamblea; 2) declarar que la Constitución Nacional vigente es la de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, con exclusión de la de 1949; 3) fijar los artículos sujetos a enmienda [96]. De ese modo, la Convención trataba de seguir la línea de legitimidad del ordenamiento constitucional, sin aludir ni ratificar la proclama de septiembre de 1956.

Los cuestionamientos internos finalmente hicieron que la Asamblea quedase sin *quórum* y que solamente llegara a sancionarse un artículo nuevo entre el 14 y el 15, recogiendo los derechos del trabajador de la Constitución de 1949, con el agregado del derecho de huelga que no estaba en aquélla, además de incorporar la obligación de sancionar el Código del Trabajo y de la Seguridad Social, en el art. 67, inc. 11.

Las reformas a la Constitución Nacional, realizadas en 1957, fueron recurridas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case* "Soria de Guerrero v. Bodegas y Viñedos Pulenta", donde se consideró revisable la reforma constitucional en cuanto a la regularidad del procedimiento, mas no en cuanto a su contenido.

[95] EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. III, Depalma, Buenos Aires, p. 244.

[96] Convención Nacional Constituyente de 1957, *Diario de Sesiones*, t. I, Buenos Aires, 1958, ps. 750 y ss.

El gobierno *de facto*, surgido del golpe militar de 1966, disolvió los partidos políticos y prohibió la realización de actos de naturaleza política por aplicación de la ley *de facto* 16.894, hasta que en 1971 el ministro del Interior Arturo Mor Roig anunció la rehabilitación de la actividad política y puso en marcha el proceso de reforma institucional, creándose a tal efecto una Comisión Asesora del Plan Político integrada por los Dres. Germán J. Bidart Campos, Carlos María Bidegain, Natalio R. Botana, Carlos S. Fayt, Mario Justo López, Julio C. Oyhanarte, Roberto I. Peña, Pablo A. Ramella, Adolfo R. Rouzat, Alberto A. Spota y Jorge R. Vanossi.

Esa Comisión remitió al presidente *de facto* Alejandro A. Lanusse un informe sobre las reformas constitucionales propuestas con una serie de dictámenes independientes, coincidentes algunos y otros en disidencia [97]. De conformidad con los mismos, la Junta de Comandantes en Jefe sancionó la ley *de facto* 19.608 denominada "ley declarativa fundamental", que declaró la necesidad de una serie de reformas a la Constitución.

Las reformas se efectuaron por un "Estatuto Fundamental" del 24 de agosto de 1972 y se refirieron exclusivamente a la parte orgánica de la Constitución y, en lo sustancial, consistieron en la unificación de los mandatos en cuatro años, en la supresión de los colegios electorales aplicándose el sistema de doble vuelta para presidente, vice y senadores, suprimiendo el juicio político a los jueces inferiores de la Corte Suprema de Justicia, que sería reemplazado por un jury, etc.

Ese mismo Estatuto dispuso que tendría vigencia hasta mayo de 1977 y, salvo que una convención constituyente no decidiera su incorporación definitiva al texto constitucional o su derogación antes del 25 de agosto de 1976, su vigencia quedaba prorrogada hasta el 24 de mayo de 1981. Finalmente, el golpe militar de marzo de 1976, que dio lugar al llamado "Proceso de Reorganización Nacional", interrumpió el camino constitucional que se había retomado en marzo de 1973 y las posibles expectativas que se habían creado. Se ha señalado que la aplicación del mencionado "Estatuto" era —cuanto menos— incoherente y de discutida legalidad [98].

16. La reforma reciente

La reforma constitucional de 1994 originó un intenso debate en lo referido a la etapa "preconstituyente", si se utiliza la terminología introducida por Sánchez Viamonte para designar al procedimiento de declaración de

[97] *Informe de la Comisión Asesora para la Reforma Institucional*, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1972.

[98] VANOSSI, Jorge R. A., "Cuál es el actual *status* institucional de la República Argentina", LL, 23/4/1975.

"necesidad de la reforma" por parte del Congreso de la Nación, conforme lo señalado por el art. 30, CN; cuestiones que fueron subsanadas jurídicamente y en parte superadas políticamente por los hechos posteriores, de una etapa constituyente reformadora que cumplió, a ritmo regular y puntual, el objetivo de reformar la Constitución histórica de 1853-1860.

La Convención sesionó en la ciudad de Santa Fe, realizándose los actos de inauguración y de clausura, como así también algunas reuniones de comisiones en la ciudad de Paraná; se cumplió el plazo previsto y la Constitución reformada fue sancionada antes de los noventa días, y fueron tratados todos los temas previstos por la ley 24.309, tanto los del llamado "Núcleo de coincidencias básicas" (art. 2°), como los llamados temas "habilitados" (art. 3°). El 24 de agosto de 1994 tuvo lugar en Concepción del Uruguay la jura de la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Se trató, por lo tanto, de un caso de ejercicio del poder constituyente reformador o derivado [99].

De todos los proyectos y antecedentes de reforma, los que más se han reflejado en la labor constituyente fueron los de la reforma transitoria de 1972 y los "dictámenes" del denominado "Consejo para la Consolidación de la Democracia" [100].

Del primero se reflejan distintas formulaciones de técnica legislativa en cuanto al difundido objetivo de "modernizar las instituciones", prolongando las sesiones del Congreso, promoviendo el trabajo en comisiones, como así también la propuesta de fijar el mandato del presidente y vicepresidente de la Nación en cuatro años, con una sola reelección; la elección directa del presidente y los senadores, la elección de un tercer senador por la minoría, etc.

Por su parte, se desprende de los "dictámenes" del Consejo para la Consolidación de la Democracia, la idea de morigerar el exceso de poder presidencial, con cierta tendencia a "parlamentarizar" el sistema, a través de la incorporación de un "ministro coordinador" que, además de ejercer algunas funciones específicas en materia administrativa, presupuestaria, etc., acerque, articule y haga más funcional la relación entre los poderes.

Se observa también, en ese sentido y de acuerdo con el mismo antecedente, el interés de darle un rol especial al Senado en la iniciativa de algunos proyectos que tienen que ver con la materia federal (coparticipación, art. 75,

[99] DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma constitucional de 1994*, 2ª ed., Platense, La Plata, 1996, capítulo preliminar, "Balance de la reforma constitucional", p. 5.

[100] El Consejo para la Consolidación de la Democracia fue creado por dec. 2446/1985, bajo la coordinación del Dr. Carlos S. Nino. Publicó dos dictámenes sobre la reforma constitucional. El "tercer dictamen", referido a los temas económicos, quedó sin publicar.

inc. 2°; desarrollo territorial armónico, art. 75, inc. 19), así como otros temas que también fueron considerados en el proyecto mencionado como el Consejo de la Magistratura, la defensa del medio ambiente, etc.

En los contenidos de ambos proyectos, y en su posterior cristalización en el texto de la Constitución reformada, aparecen los principales contenidos teleológicos que la reforma ha presentado en distintas formulaciones, tales como: la necesidad de modernizar y agilizar el funcionamiento de las instituciones; fortalecer los mecanismos de control del poder, delimitando las funciones; atenuar los excesos del presidencialismo hegemónico; instrumentar la inserción internacional de la Argentina; fortalecer el federalismo; etc.

La reforma constitucional de 1994 ha sido muy rica en la incorporación de principios ideológicos. El catálogo de derechos declarados y de garantías, se ha ampliado apuntando al valor de la "solidaridad". La "participación" es otro de los valores afirmados, haciendo a la Constitución más democrática. El constituyente ha afirmado también un concepto más social y material de la igualdad, que viene a completar el de igualdad formal del art. 16 con un nuevo criterio interpretativo, cual es el de la "igualdad de oportunidades" que aparece repetido en distintas partes del texto y en la consagración de "acciones positivas", que tendrá a su cargo el Estado para combatir toda forma de discriminación (art. 75, inc. 23).

El "tono" general de la reforma, en lo ideológico, se ha corrido más hacia la afirmación de principios del Estado social que del constitucionalismo liberal. El ingreso de una cantidad de principios que no estaban expresamente consagrados en el texto se da por la cantidad de tratados internacionales que pasan a tener "jerarquía constitucional" (art. 75, inc. 22) y que, por la época en que dichos tratados fueron suscriptos, se enmarcan claramente en la etapa del constitucionalismo social de posguerra y anterior a la crisis mundial del petróleo que trajo también aparejada la crisis del Estado social de Derecho.

Resulta también paradójico que estos principios hayan sido afirmados por el constituyente en pleno tiempo de "ajuste" hacia un pretendido modelo de Estado "neoliberal". No hay, en cambio, en la reforma reciente ningún artículo que proclame la libertad económica ni la economía de mercado.

No aparece un "programa constitucional" como exhibió la Constitución histórica, no aparece el *telos* ni el "modelo" del texto constitucional, por el contrario, y como dijimos al principio, hay muchos aspectos fundamentales que quedaron sin definirse y con el riesgo, potencial o real, de que eso pueda ocurrir.

Los dos principios incorporados que tienen más importancia en materia económica son el derecho al medio ambiente (art. 41) y la integración económica latinoamericana (art. 75, inc. 24), por su inevitable repercusión, tanto en los derechos económicos como en los principios orientadores de la política económica.

De estos principios, y de otros que consagran los derechos de usuarios y consumidores (art. 42), así como la posibilidad de ejercitar la acción de amparo contra los titulares de servicios públicos privatizados (art. 43), se desprende —aunque no esté claramente dicho— que se propugna un modelo de competencia, dentro del cual cabe al Estado un rol regulador para que el mercado funcione.

Pero el "núcleo" ideológico de la reforma está en el inc. 19 del art. 75, ubicado a continuación de la "cláusula del progreso" (ex art. 67, inc. 16). La nueva norma se ha dado en llamar "cláusula del nuevo progreso" [101] o "cláusula del progreso económico y social" [102], donde se establecen como valores fundamentales a "proveer" por la legislación: *"...al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento..."* (párr. 1°).

El término "desarrollo humano" aparece repetido en otros artículos y debe vincularse con la interpretación dada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en tanto se toma al denominado índice de desarrollo humano (IDH) para medir el grado de avance de los países, con parámetros que no sólo contemplen el crecimiento económico, sino también los niveles de educación, de ocupación, de vivienda, de cultura, etc. En ese mismo sentido, el término "progreso económico" se diferencia del mero crecimiento económico mientras aquél marca simplemente diferencias en el producto bruto, en tanto el "progreso" denota una idea de avance en una dirección ética predeterminada [103].

El segundo párrafo plantea el objetivo del equilibrio territorial en los siguientes términos: *"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"*.

En materia de educación se establece: *"...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"* (párr. 3°).

Y finalmente: *"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"* (último párrafo).

Es de destacar también que la reforma se ha basado en antecedentes diferentes a los que tuvo por vista la "Constitución histórica". Resulta obvio señalar que el constituyente no tuvo por base documentos similares a las *Bases* ni al Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi; la reforma de 1994 tuvo principalmente en cuenta, entre otros documentos, a los "dictámenes" del denominado Consejo para Consolidación de la Democracia y a la "reforma provisoria de 1972" impulsada por un gobierno *de facto* [104], que pusieron el acento en la atenuación del "hiperpresidencialismo", el primero, y en la agilización de las funciones del Congreso, el segundo, entre otros importantes aspectos.

Pero el dato más importante a destacar en este sentido es que la Constitución histórica recibió en su interpretación la influencia del constitucionalismo estadounidense por vía de la jurisprudencia de la *Supreme Court* y por los escritos doctrinarios, especialmente los recopilados en *El federalista* por Madison, Hamilton y Jay. No pocas veces se ha afirmado que la Constitución argentina había sido "vaciada" sobre los moldes de la norteamericana, tema que fue objeto de una aguda polémica entre Alberdi y Sarmiento. La influencia de la jurisprudencia norteamericana sobre nuestra Corte Suprema ha sido muy importante y en muchos temas han seguido líneas paralelas, como ha ocurrido, por ejemplo, con la doctrina del "poder de policía".

La reforma de 1994 estuvo, en cambio, muy influida por el constitucionalismo europeo en el diseño de las nuevas instituciones propuestas (ej.: defensor del pueblo, nuevas garantías, etc.), y, entre éstas, ha tenido una marcada influencia la Constitución española de 1978 que ha servido de base y modelo para la redacción de distintos artículos. En ese sentido, mientras la bicentenaria Constitución norteamericana adscribe al liberalismo individualista, la Constitución española, una de las más recientes de Europa, proclama un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1).

17. La Constitución reformada no es una nueva Constitución

No sólo se reformó una cantidad importante de artículos y se agregaron nuevas disposiciones, sino que también se ha modificado el "lenguaje", el estilo claro y abierto que caracterizaba a la norma fundamental que habían

101 DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Nación...*, cit.

102 Ver DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Nación...*, cit.

103 Sobre el tema véase DALLA VIA, Alberto R., *Transformación económica y seguridad jurídica*, 2ª ed., Platense, La Plata, 1996.

104 Ver DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Nación...*, cit.

redactado Benjamín Gorostiaga y Juan María Gutiérrez, principalmente. Estas razones han hecho frecuente el uso de la expresión "nueva Constitución" y nos lleva a plantearnos si se trata de una Constitución nueva o reformada. Para nosotros está claro que debe hablarse de la "Constitución reformada", no solamente porque se trató de un caso de ejercicio de poder constituyente derivado (art. 30, CN), sino porque expresamente fue jurada la Constitución Nacional de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Legitimándose la reforma de 1957 y excluyendo la de 1949.

Para nosotros no es sólo una cuestión terminológica. En efecto, según se trate de una u otra cosa, cambiará la interpretación de la misma. Si se trata de una Constitución "nueva", la interpretación se centra en los nuevos principios incorporados, en tanto que en el caso de la Constitución histórica reformada, los nuevos principios deben interpretarse a la luz de los primeros y buscando el sentido que los complemente y adapte sin perder la dirección original. Esta otra razón nos reafirma aún más en el criterio de interpretar que estamos ante una norma reformada y no ante una norma nueva.

Dicho todo esto, y tomando como premisa el carácter "liberal" de la Constitución de 1853, con algún ingrediente "social" proveniente de la reforma constitucional de 1957 y una influencia "católica tradicional" si aceptamos la posición de Sagüés de acuerdo con lo ya analizado, corresponde ahora determinar cuál es la ideología predominante en nuestra Constitución Nacional después del paso del constituyente de 1994, con su impronta aún más social, afirmadora del concepto de "desarrollo humano" de la "justicia social" y de la "igualdad real de oportunidades", al tiempo que consagrar un derecho constitucional al "ambiente sano y equilibrado para las generaciones actuales y futuras" (art. 41) determina una componente ecológica que no sólo es obligación del Estado sino también, y fundamentalmente, una postura ética. El pensamiento católico tradicional, por su parte, parece haber sufrido un retraimiento al eliminarse el requisito confesional para ser presidente de la Nación y al haberse desarrollado una "moral pública" no necesariamente identificada con el cristianismo.

Cabe preguntarse, ¿cuál es entonces actualmente el ideario constitucional argentino? ¿Cuáles son los principios dominantes entre tanta confluencia de ideas? Creemos que si bien la respuesta debe buscarse en los principios expresados en el texto constitucional, ellos no deben independizarse de una realidad circundante, de carácter sociológico, según gusta decir Bidart Campos, y que abarca la experiencia histórica, las preferencias sociales y el sentimiento colectivo. Por todas las razones expuestas, bien puede concluirse, a nuestro juicio, que el "constitucionalismo social" resalta en la Constitución argentina.

Pero es de advertir que el término no debe interpretarse bajo el estigma de izquierdas o derechas, superadas por la historia y las mismas realidades, como bien lo enseñara Norberto Bobbio [105]. Por el contrario, en la Constitución argentina, el constitucionalismo social sólo se entiende dentro, y no fuera, de la economía de mercado, como una continuidad "racional" del Estado liberal, reiterando lo expresado por Vanossi [106]. De ese modo, el constitucionalismo social argentino es una síntesis del pensamiento constitucional que no contradice ni desecha los principios liberales, sino que los afirma en el sentido del nuevo Estado: el modelo de competencia.

Pocas dudas pueden caber sobre la afirmación en cuanto que el constitucionalismo se encuentra ligado al sistema capitalista. No sólo por sus orígenes, sino también porque el muro de Berlín ha caído, y con él, también, las utopías que pretendieron alejar al desarrollo económico de su intrínseca relación con el Estado de Derecho. Ya Maurice Duverger había señalado, años atrás, que era la economía de mercado la que se correspondía con el sistema democrático, al priorizar, ambos, la libertad [107]. La experiencia también demuestra que los niveles más altos de desarrollo se dan en aquellos países que guardan una adecuada correlación entre libertad económica y libertad política, como se desprende de los informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), donde se afirma: "...Es claro, al menos, que en la actualidad, los países que registran un mejor desempeño económico (medido de acuerdo con el PBI o IDH) son también aquellos con una mayor dosis de libertad. Inclusive en países en donde el desarrollo económico y la libertad no han ido a la par durante algunos períodos (como en Europa oriental y el norte de Asia), ahora uno y otra se están acercando..." [108].

Hoy la opción se da dentro del sistema capitalista, para determinar qué tipo de capitalismo queremos, uno que tenga al hombre como protagonista u otro que someta todo a la decisión del mercado. Esta opción ha sido planteada con gran lucidez por Michel Albert en su difundida obra *Capitalismo contra capitalismo*, donde se plantea este debate [109]. De ese modo el "neoliberalismo" es entendido como una revalorización de la economía de mercado que recoge los aportes del Estado social de Derecho en orden a corregir

[105] BOBBIO, Norberto, "El futuro de la democracia", colección *Política y derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.

[106] VANOSSI, Jorge R., *El Estado...*, cit.

[107] DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, trad. de Pablo Lucas Verdú, Ariel, Barcelona, 1988.

[108] Desarrollo Humano, informe 1992, cap. 2, "Libertad política y crecimiento económico", p. 70.

[109] ALBERT, Michel, *Capitalismo contra capitalismo*, colección Estado y sociedad, Paidós, Buenos Aires, 1997.

las deformaciones y desigualdades que el mercado produce y a realizar una sociedad más justa y equitativa. En la Teoría de la Justicia, de John Rawls, se desarrolla y fundamenta esta importante cuestión. Es en este marco ideológico donde se aboga por una relación adecuada entre "transformación económica y seguridad jurídica" que coordine el principio económico de la eficacia con un Estado eficiente para asegurar los valores sociales, porque como bien señalara Octavio Paz, "el mercado sirve para fijar precios, pero no valores sociales" [110].

Es por eso que el ideario constitucional argentino no se ha modificado sino que se ha completado a la luz de los aportes doctrinarios y de la necesidad de los tiempos, sin perder el norte libertario abierto en la gesta de mayo y grabado en el texto constitucional de 1853 a favor de la libertad y la iniciativa individual; hoy la preocupación por el desarrollo humano pone su impronta definitoria en el texto para elegir por un capitalismo con rostro humano frente al economicismo del ajuste por el ajuste mismo. En esa línea también aparece el nuevo pensamiento de la doctrina de la Iglesia Católica, que a partir de la encíclica *Centesimus Annus*, del papa Juan Pablo II, reivindica el papel de la iniciativa individual en el desarrollo económico.

Citando otra vez a Octavio Paz: "...Hoy vivimos el alba de la libertad... ¿cómo construir la casa universal de la libertad? Algunos nos dicen: ¿no olvidan ustedes a la justicia? Respondo: La libertad, para realizarse plenamente, es inseparable de la justicia. La libertad sin justicia degenera en anarquía y termina en despotismo. Pero asimismo: sin libertad no hay verdadera justicia" [111].

[110] Véase DALLA VIA, Alberto R., *Transformación...*, cit.

[111] PAZ, Octavio, *La Nación*, 7/10/1990, "Suplemento Literario", Buenos Aires, p. 1.

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Teoría de la Constitución

El abordaje conceptual que proponemos antes de introducirnos en la teoría de la Constitución, es analizar con carácter previo el conjunto de normas del sistema jurídico que pueden calificarse de constitucionales.

Dentro de un ordenamiento positivo y político podrán señalarse como tales aquellas que presenten determinados rasgos distintivos. Estos rasgos, a su vez, las convierten en normas cualitativamente distintas a otras que, aunque forman parte del ordenamiento normativo, abrevan en otras ramas del derecho.

Si en nuestro análisis logramos identificarlas, podremos comprender no sólo el significado de Constitución sino también su existencia y justificación.

El orden jurídico constituye una totalidad, un conjunto general de normas y, por lo tanto, cualquiera de sus partes no tiene sentido aisladamente; lo tiene sólo en función de estar relacionada con las demás. Según Somló [112], el sentido de pertenencia de una norma al sistema jurídico la convierte a ésta en jurídica. En concordancia con lo afirmado, Richard Schmidt [113] dice que los preceptos jurídicos individuales rigen y obligan únicamente en relación mediata o inmediata con las demás normas del sistema que lo determinan, limitan o complementan. Aisladamente, no tienen significación alguna.

1.1. El derecho constitucional en el orden jurídico y en la organización estatal. Su función

Para conceptualizar el derecho constitucional hay que partir del orden jurídico. Las normas que componen este ordenamiento jurídico pueden clasificarse, al menos, en dos especies:

[112] SOMLÓ, F., *Juristische grundle*, Leipzig, p. 192; GARCÍA PELAYO, Manuel, *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 278.

[113] SCHMITT, Richard, *Verfassungslehre*; PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de derecho político*, Civitas, Madrid, 1984, p. 261.

las deformaciones y desigualdades que el mercado produce y a realizar una sociedad más justa y equitativa. En la Teoría de la Justicia, de John Rawls, se desarrolla y fundamenta esta importante cuestión. Es en este marco ideológico donde se aboga por una relación adecuada entre "transformación económica y seguridad jurídica" que coordine el principio económico de la eficacia con un Estado eficiente para asegurar los valores sociales, porque como bien señalara Octavio Paz, "el mercado sirve para fijar precios, pero no valores sociales" [110].

Es por eso que el ideario constitucional argentino no se ha modificado sino que se ha completado a la luz de los aportes doctrinarios y de la necesidad de los tiempos, sin perder el norte libertario abierto en la gesta de mayo y grabado en el texto constitucional de 1853 a favor de la libertad y la iniciativa individual; hoy la preocupación por el desarrollo humano pone su impronta definitoria en el texto para elegir por un capitalismo con rostro humano frente al economicismo del ajuste por el ajuste mismo. En esa línea también aparece el nuevo pensamiento de la doctrina de la Iglesia Católica, que a partir de la encíclica *Centesimus Annus*, del papa Juan Pablo II, reivindica el papel de la iniciativa individual en el desarrollo económico.

Citando otra vez a Octavio Paz: "...Hoy vivimos el alba de la libertad... ¿cómo construir la casa universal de la libertad? Algunos nos dicen: ¿no olvidan ustedes a la justicia? Respondo: La libertad, para realizarse plenamente, es inseparable de la justicia. La libertad sin justicia degenera en anarquía y termina en despotismo. Pero asimismo: sin libertad no hay verdadera justicia" [111].

[110] Véase DALLA VIA, Alberto R., *Transformación...*, cit.

[111] PAZ, Octavio, *La Nación*, 7/10/1990, "Suplemento Literario", Buenos Aires, p. 1.

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Teoría de la Constitución

El abordaje conceptual que proponemos antes de introducirnos en la teoría de la Constitución, es analizar con carácter previo el conjunto de normas del sistema jurídico que pueden calificarse de constitucionales.

Dentro de un ordenamiento positivo y político podrán señalarse como tales aquellas que presenten determinados rasgos distintivos. Estos rasgos, a su vez, las convierten en normas cualitativamente distintas a otras que, aunque forman parte del ordenamiento normativo, abrevan en otras ramas del derecho.

Si en nuestro análisis logramos identificarlas, podremos comprender no sólo el significado de Constitución sino también su existencia y justificación.

El orden jurídico constituye una totalidad, un conjunto general de normas y, por lo tanto, cualquiera de sus partes no tiene sentido aisladamente; lo tiene sólo en función de estar relacionada con las demás. Según Somló [112], el sentido de pertenencia de una norma al sistema jurídico la convierte a ésta en jurídica. En concordancia con lo afirmado, Richard Schmidt [113] dice que los preceptos jurídicos individuales rigen y obligan únicamente en relación mediata o inmediata con las demás normas del sistema que lo determinan, limitan o complementan. Aisladamente, no tienen significación alguna.

1.1. El derecho constitucional en el orden jurídico y en la organización estatal. Su función

Para conceptualizar el derecho constitucional hay que partir del orden jurídico. Las normas que componen este ordenamiento jurídico pueden clasificarse, al menos, en dos especies:

[112] SOMLÓ, F., *Juristische grundle*, Leipzig, p. 192; GARCÍA PELAYO, Manuel, *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 278.

[113] SCHMITT, Richard. *Verfassungslehre*; PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de derecho político*, Civitas, Madrid, 1984, p. 261.

a) Normas de conducta, es decir, aquellas cuyo contenido establece qué comportamientos deben seguir los destinatarios en sus relaciones con los demás, qué les está permitido y lo que les está prohibido. En conclusión, son aquellas que establecen una conducta típicamente exigible.

b) Normas de organización. Siguiendo a W. Burckhardt [114] tales normas son "los preceptos que determinan lo que es derecho en lo fundamental...". Estas normas hacen alusión a aquel conjunto de preceptos básicos que caracterizan y conforman el Estado.

No hay duda de que tanto unas normas como las otras integran el ordenamiento jurídico y están interrelacionadas de tal modo que no es posible la existencia de normas de conducta sin normas de organización, ni estas últimas sin las primeras. Su distinción no ofrece dificultades y, para definir derecho constitucional, son relevantes las de organización.

Podría afirmarse entonces, en una primera aproximación al concepto, que el derecho constitucional es aquel conjunto de normas que tienen por objeto señalar lo que es derecho fundamental en un sistema, y ordenar las competencias supremas de un Estado.

1.2. El derecho constitucional como parte del derecho público

Considerando lo afirmado, en el sentido de que el ordenamiento jurídico implica una estrecha interrelación de normas, vinculadas e interdependientes, esto dificulta en cierto modo su distinción o clasificación en distintas ramas del derecho. Hay autores que sostienen que las mismas son innecesarias, ya que cualquier actuación jurídica, sea tanto de un particular o de una autoridad, supone la aplicación de una pluralidad de normas muy distintas. En este sentido, hay normas que resultan inmediatamente aplicables a un caso como, por ejemplo, las penales frente a la comisión de un delito; también las de orden procesal, y las que regulan las atribuciones de las autoridades competentes.

Estas normas sólo serán consideradas válidas en el ordenamiento si además han sido creadas de acuerdo con otras normas que regulan el procedimiento de formación y sanción de las leyes y, a su vez, si quienes participaron en su dictado fueron elegidos de acuerdo con un conjunto de reglas que regulan el procedimiento eleccionario.

Podríamos continuar vinculando normas, aunque creemos que es suficiente este ejemplo para comprender su evidente y necesaria interrelación. No obstante ello, la doctrina ha dividido al derecho en distintas disciplinas con un criterio eminentemente práctico, a fin de su mejor comprensión.

[114] BURCKHARDT, W., *Organización del Estado*, Madrid, 1968, p. 130.

En efecto, es tradicional en la práctica académica la distinción entre derecho público y derecho privado y, haciendo la salvedad de que esta diferenciación es relativa, podemos decir que es relevante para comprender el significado del derecho constitucional.

Así, "derecho público es el que atañe al gobierno de la república, privado el que vela por los intereses particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de interés privado", dice textualmente Ulpiano cuando define ambos derechos.

Las normas del derecho privado son aquellas cuyo contenido regula la conducta entre particulares, puesto que los intereses involucrados en esa relación sólo les atañen a ellos mismos. Esto tiene como consecuencia el máximo de autonomía de la voluntad y, por lo tanto, las partes pueden elegir libremente regir su conducta por normas propias dejando de lado las normas de derecho privado. El principio de la igualdad rige en toda su dimensión, ya que su vigencia garantiza la equidad en los acuerdos.

El derecho público, por otro lado, tiene un contenido obligatorio y, por ello, sus destinatarios carecen de la facultad de decidir si aplicarlo o no. Deben someterse a él, y la razón es que está en juego el interés común. Son normas cuyo contenido persiguen un interés colectivo. Así, se califican de normas de derecho público las que establecen condiciones mínimas de libertad, salud, defensa y seguridad, entre otras. Cuando los sujetos de la relación jurídica son los poderes públicos y los individuos, generalmente no existe el principio de igualdad sino el de desigualdad, ya que en atención al interés general las normas del sistema reconocen una situación preeminente a los poderes públicos, como es el caso de algunas normas administrativas.

Por otro lado, la esfera de ambos derechos, público y privado, no está circunscripta, encerrada dentro de límites fijos e inmutables; al contrario, suele extenderse y reducirse, según las concepciones vigentes en los distintos períodos históricos. La doctrina liberal clásica impuso un claro predominio de la autonomía privada respecto del Estado y de los demás entes públicos. Posteriormente, una corriente opuesta preconizó el ensanchamiento del papel del Estado interviniendo en el ámbito económico y social y, por lo tanto, introduciendo en el derecho público instituciones que antes estaban fuera de él.

En la actualidad, las normas de derecho público revisten una notoria importancia a tal punto de hablarse de la publicación de la vida jurídica. El ciudadano actual interactúa constantemente con el poder público sobre todo en la relación administrado-administrador, en donde este último es garante del bien común.

El derecho constitucional, junto con otras disciplinas jurídicas como el derecho administrativo, penal y procesal forman parte del derecho público.

1.3. El derecho constitucional y su aparición en la historia

Como disciplina jurídica autónoma y sistemática, el derecho constitucional aparece entrado el siglo XIX. Esto no significa afirmar que, con anterioridad a este siglo, los sistemas jurídicos no tuvieran normas de contenido constitucional, ni que la doctrina no hubiera reparado en las características de esas normas.

Así, por ejemplo, Aristóteles [115] dice: "La Constitución política o gobierno es la organización, el orden establecido entre los habitantes de la *polis*". En la Edad Media, podemos apreciar una serie de principios, resoluciones judiciales y normas que tenían como finalidad reglar las conductas de los tribunales, el rey, el emperador y los parlamentos, lo que constituye claramente la regulación de los poderes públicos. Se ha llamado a esto el constitucionalismo medieval aunque, en rigor de verdad, tales normas no pueden calificarse como de derecho constitucional.

En el Estado moderno debemos destacar dos hechos relevantes:

— La consideración de las leyes fundamentales frente al orden jurídico total, motivo de reflexión y estudio por los tratadistas y por la polémica política; y

— La preocupación por el estudio de un orden particularizado de normas que constituyen el fundamento de la organización del Estado.

Con motivo de las fricciones políticas entre el rey y el Parlamento en Inglaterra, comenzó a utilizarse la expresión *fundamental law*. Enrique VIII lo usa para afirmar sus derechos como rey absoluto. Cromwell distingue entre las leyes "circunstanciales" y las "fundamentales". No obstante ello, se trata de principios imprecisos y no típicamente de normas.

Donde aparece el concepto de leyes fundamentales, en sentido moderno, es en Francia. Estas normas, por su objeto y su contenido, forman un cuerpo específico, con caracteres propios. *Las leges imperii* se refieren al ejercicio y transmisión de la prerrogativa real y tienen carácter inmutable y, desde esta perspectiva, la dignidad real se ejerce en virtud de un orden objetivo. Jean Bodin [116], en *Los seis libros de la república*, se refiere a las *leges imperii*, considerándolas una condición lógica para el ejercicio de la soberanía.

En el derecho positivo alemán, desde el siglo XVII se comienza a designar como "leyes fundamentales del Imperio" a una serie de capitulaciones y pactos celebrados entre los estamentos y el emperador como, por ejemplo, la Bula de Oro de 1356, el Concordato de Viena de 1448 y, posteriormente, las cláusulas de la Paz de Westfalia.

[115] ARISTÓTELES, *La política*, libro III, cap. I.

[116] BODIN, Jean, *Los seis libros de la república*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, cap. XI en adelante.

Por otra parte, como lo indicamos anteriormente, la preocupación por estudiar y sistematizar las normas cuya finalidad es organizar el Estado se manifiesta en la obra de Puffendorf de 1667, *De statu imperii Germánici*, donde expone que el conjunto de pactos, acuerdos y privilegios celebrados entre el soberano y los súbditos forman la constitución del imperio.

Lo que es verdaderamente decisivo en el origen de la normativa que se incluye usualmente en la categoría derecho constitucional es la aparición de instrumentos como los de la revolución inglesa, el *Bill of Rights* de 1689, los textos de la Declaración de la Independencia norteamericana de 1776, y la Constitución de 1787. También la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Todos estos instrumentos surgen con un objetivo fundamental, que es regular el ejercicio del poder público y los derechos de los ciudadanos. Había que limitar el régimen político de la monarquía absoluta, poner frenos a los poderes del rey concibiendo el principio de que la acción del Estado no tendría su fundamento en la voluntad del monarca, sino en las normas jurídicas.

Por ello, el constitucionalismo moderno del siglo XVIII presenta como rasgo distintivo la afirmación de la libertad del individuo, el reconocimiento de ciertos derechos a los que el individuo no puede renunciar, y la institucionalización del poder.

Aunque será objeto de estudio más adelante, es necesario señalar que el constitucionalismo difiere de ciertas doctrinas como el anarquismo y el marxismo en que éstas, teniendo como finalidad lograr la libertad del individuo, pretenden lograrlo a través de la desaparición del Estado. El constitucionalismo tiene como premisa básica el reconocimiento de la necesidad de una comunidad política organizada.

1.4. El contenido material del derecho constitucional

El carácter fundamental del ordenamiento normativo constitucional, el núcleo central de la disciplina, es regular el conjunto de materias relacionadas con la libertad del individuo y con el ejercicio del poder. Es resolver, lo que Ekmekdjian [117] explica gráficamente: la tensión intrínseca entre el poder y la libertad. Por ello se destacan dos tipos de normas:

a) Aquellas que reconocen derechos a los miembros del sistema, prerrogativas y potestades que son inalienables. Vale entonces recordar nuevamente que las cartas e instrumentos a los que hemos aludido: el *Bill of Rights* de 1689, la Declaración Francesa de 1789, la Declaración de Derechos del

[117] EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Manual de la Constitución argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1991, ps. 3/4.

Pueblo de Virginia de 1776, y las diez primeras enmiendas de la Constitución norteamericana, constituyen declaraciones generales cuyo contenido central es asegurar la libertad del individuo.

b) Las que institucionalizan el poder y lo organizan. Es fundamental comprender que el derecho constitucional moderno, cuando en aras de la protección de la libertad del individuo institucionaliza el poder, lo hace mediante la división de poderes. Supone, por lo tanto, no sólo su limitación sino también que el poder está sometido al derecho.

El ordenamiento normativo, en consecuencia, llevará adelante en este aspecto el diseño del sistema estableciendo los órganos fundamentales del Estado como el Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial, los órganos de control y las competencias de cada uno de ellos. En otras palabras, la distribución del poder.

Teniendo en cuenta los contenidos aludidos podemos definir al derecho constitucional, siguiendo a López Guerra [118], como el sistema normativo que regula, por un lado, las posiciones jurídicas fundamentales de los individuos frente al Estado y por el otro, la distribución del poder entre los principales órganos de éste. Todo ello, en garantía de la libertad del individuo en una comunidad política organizada. Estas normas, además, por su carácter fundamental y definidor tienen rango de superiores y las restantes normas del ordenamiento deben adecuarse a ellas.

2. La Constitución política como realidad social

Es necesario resaltar la importancia de la realidad social en la teoría de la Constitución. Para comprender esto debemos considerar la idea de organización de Heller [119], para quien significa acción concreta de grupos e individuos para dar forma a la cooperación.

La situación política real en un sistema se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana que implican cooperación, y el Estado aparece en su existencia y modo concreto al adquirir la realidad social, a través de la Constitución, ordenación y forma. Dicho en otras palabras, normalidad como normatividad y así, el autor citado precedentemente dice que el derecho constitucional inglés se formó por el mero hecho de hacerse conscientes determinadas reglas de previsión a las que se les reconoció valor positivo.

Lo importante entonces es la realidad social lo que significa que la constitución no es sino inmanencia de las situaciones y estructuras sociales

[118] LÓPEZ GUERRA, Luis, *Introducción al derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, 1994, p. 18.

[119] HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 127.

del presente. Ello lleva al legislador originario a obrar únicamente sobre el cuerpo social existente. Nada más inútil que la tarea de intentar diseñar un modelo constitucional divorciado de la realidad social, o intentar trasplantar una Constitución de un país a otro.

La conclusión, por lo tanto, es que la estructura política real de un Estado no es la creación normativa constitucional sino la conformación de la realidad social y si la normatividad (orden constitucional) quiere ser vigente ha de ser la "expresión y sistematización" de aquella realidad subyacente, conforme a García Pelayo [120].

Esta concepción motivó ataques en contra del Estado liberal por parte de las corrientes socialistas atacando fundamentalmente la teoría racional normativa de la Constitución. El argumento central afirma que dictar la norma fundamental significa legitimar una situación fáctica de desigualdad y, además, contar con el valor y la fuerza del derecho (coacción) para asegurar la situación de poder social. Para remover tales obstáculos deberá, entonces, hacerse frente al orden jurídico establecido.

Vale en la presente cuestión destacar la opinión de Lassalle [121] que, textualmente, dice: "Los problemas constitucionales no son primariamente problemas de derecho, sino de poder: la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en este país rigen, y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social".

Nino [122] repara en estas cuestiones, resaltando la conexidad entre el constitucionalismo y el contexto socio-estructural de un sistema y los condicionamientos y las consecuencias que ello acarrea, en el ámbito de la prescripción normativa.

3. La Constitución jurídica del Estado como fuente principal del derecho constitucional

Dentro del sistema de normas que conforman el derecho constitucional debemos identificar a aquel texto único, de rango superior (superley), codificado, integrado por normas sistematizadas e interrelacionadas, que tienen una fuerza vinculante y un procedimiento para su reforma de carácter especial.

Se trata de aquel conjunto de preceptos jurídicos fundamentales y supremos que se refieren a la estructura básica del Estado y que las demás nor-

[120] GARCÍA PELAYO, Manuel, *Obras completas*, cit., ps. 247/248.

[121] LASSALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

[122] NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

mas jurídicas sólo tienen, respecto de él, una importancia subordinada y jurídicamente derivada.

El concepto Constitución ofrece una pluralidad de formulaciones. Para Burdeau [123], la Constitución significa "el estatuto del poder", teniendo una doble articulación.

Por un lado, la vinculación del poder con la idea del derecho, imponiendo este último las directivas y exigencias para su ejercicio y constitución. De esta forma, el poder político se convierte en institución estatal y el Estado, entonces, ejerce un poder que encuentra su fundamento y fines en el derecho que regula las relaciones entre gobernantes y gobernados, de acuerdo con supuestos legítimos para su ejercicio.

Por otro lado, la consideración de que la Constitución es el estatuto con arreglo al cual los gobernantes ejercen el poder y es, su función primordial, convertir a éstos en sólo agentes de su ejercicio, privándolos de su propiedad.

En tal sentido, Duverger [124] afirma que "las disposiciones de la Constitución se imponen a todos los gobernantes, que no pueden modificarla, sino que tienen que conformarse a ella; esta conformidad se realiza mediante órganos especiales que pueden hacer fracasar las decisiones de los gobernantes contrarias a la Constitución...; Generalmente, una parte de las constituciones escritas contiene una enumeración de los derechos y libertades reconocidas a los ciudadanos".

Otros autores, como Kaufmann [125], desvalorizan la noción de constitución desde el punto de vista de la norma jurídico-positiva, y afirman que la Constitución propiamente dicha no es un texto escrito sino "las fuerzas reales, sociológicamente dadas" que son las verdaderas creadoras y transformadoras del marco establecido por el derecho constitucional.

La Constitución, en palabras de Alberdi, constituye la "carta de navegación" para dirigir los destinos del país. En ella se reconocen una serie de valores, principios y procedimientos que, en garantía de los que forman el sistema, establecen las reglas de juego básicas para el funcionamiento de la sociedad.

Respecto del contenido de las constituciones, no existe un modelo universal. De hecho, puede incluirse todo dentro de este texto, desde la división de poderes, la competencia y limitaciones del titular del Poder Ejecutivo, los principios que deberán regir en la política económica hasta los límites máximos de inflación que puede sufrir un Estado (Constitución de Brasil). Este tema se relaciona con la técnica constitucional que más adelante veremos.

[123] BURDEAU, G., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Nacional, Madrid, 1981.

[124] DUVERGER, M., *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel, Buenos Aires, 1970, p. 96 en adelante.

[125] KAUFMANN, E., *Zur problematik des volkswillens*; GARCÍA PELAYO, Manuel, *Obras completas*, cit., p. 307.

La doctrina constitucional mayoritaria señala, en principio, como nota común, los siguientes contenidos en las constituciones, a saber:

1) Enunciación de los principios ideológicos, los objetivos y los valores fundamentales que presiden la finalidad constituyente. Se enmarca en estos contenidos, generalmente, la forma de Estado, la titularidad de la soberanía, la estructura territorial y los fines generales que se propone la comunidad política (Preámbulo, ideario, etc.).

2) Reconocimiento de un conjunto de declaraciones, derechos y garantías de todos los que forman el sistema, incluyéndose las personas (ciudadanos y extranjeros) y los grupos que forman el Estado.

Las constituciones reconocen ciertos derechos fundamentales de rango superior, que no admiten limitación alguna, mientras que otros admiten ser reglamentados en virtud del desarrollo y evolución de la sociedad (caso del derecho de propiedad). También se establecen derechos colectivos que corresponden a ciertos grupos sociales, étnicos o culturales.

3) Institucionalización del poder, creando órganos y asignándole a cada uno de ellos una competencia definida. También se establece la relación recíproca entre los distintos órganos y entre éstos y las personas integrantes del sistema.

Se hace referencia a los tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, su composición, organización, competencia y funciones. En cuanto al Poder Legislativo, se arbitra de forma especial el procedimiento de formación y sanción de las leyes. Algunas constituciones también establecen los órganos de control de la actividad pública y del gobierno.

4) Establecimiento de la distribución territorial del poder del Estado. Así, su conformación podrá ser confederal, federal o unitaria (centralizada).

5) Proclamación de ciertos principios programáticos que condicionan u orientan la acción futura del Estado, o proponen líneas directrices de acción cuando se logren determinados objetivos.

Tales principios constituyen normas de carácter programático que no son de inmediata aplicabilidad, ni exigibles, por parte de los miembros del sistema, ante el Poder Judicial. Su vigencia o realización depende de otros factores o metas que debe lograr el Estado.

A modo de ejemplo podemos citar a la Constitución italiana que, en su art. 3°, asigna al Estado la misión de "remover los obstáculos de orden económico y social que, al limitar de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". También el art. 118 de la argentina, al referirse al establecimiento de juicios por jurados.

6) Regulación del procedimiento de reforma de la Constitución.

Dado que la Constitución es la ley fundamental del Estado, que deriva del ejercicio del poder constituyente, y que este poder, a su vez, emerge de la soberanía del pueblo, su reforma podrá hacerse si se cumplen determinados requisitos formales. De la articulación de tal procedimiento resultará si la ley fundamental podrá calificarse de flexible o rígida.

La doctrina ha distinguido entre la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución, haciendo alusión a que la primera trata sobre el conjunto de derechos, valores, principios y garantías que se declaran y reconocen como fundamentales en el sistema, y la segunda se refiere al poder y su institucionalización. Lo deseable en un sistema político es que su Constitución tenga el máximo de vigencia y efectividad de manera tal que todos sus destinatarios ajusten su conducta a ella. Si, por el contrario, esto no se cumple y la conducta general de la comunidad no es acorde con los principios, valores y procedimientos que ella establece, estaríamos frente a lo que Lassalle denomina "una mera hoja de papel".

Esto se relaciona con la noción de los sentidos mínimo y pleno de la expresión "constitucionalismo". Cuando las normas que se dictan en un sistema satisfacen los contenidos estipulados en la ley suprema estamos frente al constitucionalismo pleno. El paradigma de tal situación puede encontrarse en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando dice: "Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución".

El sentido mínimo del constitucionalismo se define por la exigencia de una Constitución en el vértice superior del ordenamiento normativo. No hay, pues, otra requisitoria que la existencia formal de una norma básica que, con categoría de ley suprema, defina la organización del sistema careciendo de toda relevancia su eficacia y vigencia.

4. La Constitución escrita. La técnica constitucional

Si bien más adelante hablaremos sobre la clasificación de las constituciones, es necesario señalar que, en la realidad constitucional, existen excepcionalmente sistemas que pueden considerarse que no tienen un texto único, codificado. Entre ellos, el ejemplo más claro lo constituye el ordenamiento británico; no obstante, se reconoce en este sistema ciertos preceptos que integran las denominadas *Constitucional Law*.

La idea de un texto escrito, codificado, de una Constitución en sentido formal, tiene su fundamento teórico en el contractualismo iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII; principalmente a través de las obras de Puffendorf, Locke y Rousseau. La consideración de que la legitimación de un sistema

surge a partir de la participación de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de las normas que regirán sus conductas, es la idea central.

En la Edad Media, no obstante, los distintos estamentos como el clero, la nobleza y la Iglesia firmaban con la autoridad real acuerdos escritos por medio de los cuales se establecían ciertas prerrogativas. Constituían documentos que regulaban materias específicas, cuestiones de la realidad política que debían ser respetadas por ambos contrayentes. El ejemplo clásico es la Carta Magna de 1215, compromiso entre los barones y el monarca Juan sin Tierra, que constituye el texto político más antiguo. Este documento adopta una forma definitiva en la Magna Carta de Enrique III, de febrero de 1225.

Durante el siglo XVII, el constitucionalismo tuvo diversas manifestaciones de institucionalización y, por lo tanto, documentos formales, escritos, como, por ejemplo, la *Petition of Rights* de 1628, que debió aceptar Carlos I; el *Agreement of the People* que el ejército de Cromwell presentó a la Cámara de los Comunes en 1647; el *Habeas Corpus Act*, que el Parlamento impuso al rey en 1679 y el *Bill of Rights* de 1689 en el que se consagró la superioridad de la ley sobre la voluntad del rey.

La idea de un documento formal, concebido como instrumento normativo, aparece ligado con el constitucionalismo moderno y podemos situarlo en la segunda mitad del siglo XVIII con las revoluciones americana y francesa (Constitución de la Unión de 1787, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795). No obstante, la realidad histórica nos demuestra que no existe un origen único, preciso, de lugar y fecha del constitucionalismo.

A lo largo del siglo XIX se dictaron las Constituciones de Cádiz (1812), de Suecia (1809), de Noruega (1814), de Grecia (1827) y de Bélgica (1837) y las latinoamericanas de Costa Rica (1821), El Salvador (1824), Bolivia (1826), Ecuador (1830), Chile (1833), Argentina (1853-1860), México (1857), Colombia (1886) y Paraguay (1870), entre otras.

Con posterioridad, la Primera Guerra Mundial (1914-1918) y recibiendo el influjo del constitucionalismo social, es decir, el ensanchamiento del conjunto de derechos a las cartas fundamentales al que se les sumaba los derechos sociales, aparecen las Constituciones de México de 1917, de Weimar de 1919, de Austria de 1920 y de España, de la República, de 1931.

No hay duda que se impone y está íntimamente relacionado con el constitucionalismo, la idea de la Constitución como documento escrito, codificado y sistematizado, imbuido de la concepción racional-normativa principalmente. Sin embargo, aparece un proceso al que se lo conoce como de "desconstitucionalización" del Estado, como reacción a los modelos imperantes de la época, por ejemplo, Rusia a partir de 1918.

Luego de la Segunda Guerra Mundial fueron dictadas las Constituciones de Francia de 1946 y 1948 (cuarta y quinta repúblicas), de Italia de 1947, de Alemania de 1949, y reformadas muchas más, incluidas varias latinoamericanas.

Como técnicas del constitucionalismo se ha dado en llamar a los procedimientos, herramientas metodológicas o líneas directrices que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer o cambiar un modelo constitucional. Va de suyo que el enfoque se hace desde el concepto de Constitución como instrumento normativo-jurídico supremo de un Estado, esencialmente escrito.

Entre estas técnicas se puede mencionar las siguientes:

a) Supremacía de la Constitución frente a todas las normas del ordenamiento jurídico.

b) Declaración de derechos y garantías, individuales y colectivos, como integrantes de la parte dogmática de la Constitución.

c) Institucionalización del poder, división de poderes y atribución de competencias, funciones y relaciones entre ellos.

d) Legalidad administrativa.

e) Independencia del Poder Judicial.

f) Control de la actividad de los órganos estatales.

g) Procedimiento de elección popular para el acceso a los cargos de poder del sistema.

h) Defensor del Pueblo.

5. Clasificación de las constituciones

Las clasificaciones que se enuncian no agotan todas las posibles y, lejos de ello, sólo tienen fines didácticos. Para algunos autores, tales enumeraciones tradicionales son imprecisas y ayudan poco a la comprensión fundamental de lo que son. Más conveniente sería, según postulan, estudiar el proceso histórico en que aparecen en cada sociedad concreta, para así comprender su eficacia y cumplimiento de sus fines.

No obstante ello, y creyendo que las mismas arrojan cierta claridad al tema, las constituciones se pueden clasificar en:

a) Formales, codificadas o escritas: hacen referencia a un conjunto de presupuestos o normas relacionados entre sí que forman un cuerpo único sistematizado.

b) Dispersas o no escritas: se trata de aquel conjunto de normas que teniendo contenido constitucional, no están reunidas en un cuerpo único y, por lo tanto, se encuentran dispersas en el ordenamiento normativo, o simplemente no están escritas.

Según Posada, la distinción de "no escrita" como un antecedente clasificatorio parece inadecuado, porque es difícil concebir un régimen constitucional que carezca absolutamente de Constitución o normas constitucionales escritas dispersas y, si lo hubiere, cómo definirlo fuera de la Constitución. Resulta más adecuado y razonable considerar las expresiones de constituciones codificadas o dispersas.

c) Rígidas: la rigidez de la ley fundamental se manifiesta cuando establece un mecanismo propio, particular para su reforma,-diferente al procedimiento de la legislación común. Entre estós requisitos podemos enunciar, a título de ejemplo, un procedimiento especial para declarar la necesidad de la reforma, un quórum agravado para legitimar tal decisión, sea por ley o por acto político, o un órgano especial para llevarla a cabo.

También es posible que estos requisitos se combinen o se exijan todos ellos. Según Bidart Campos [126] estamos frente a una rigidez orgánica cuando la ley fundamental exige un procedimiento y un órgano especial para llevarla a cabo y frente a una rigidez formal cuando la exigencia es sólo de procedimiento.

d) Flexibles: calificaremos de tal a aquella Constitución que no prevea un mecanismo específico de reforma y le sea aplicable, el trámite ordinario o normal de las demás normas del sistema. En este caso, se dice que no hay distinción entre poder constituyente y poder constituido.

e) Formales: son aquellas constituciones a las que, para calificarlas de tales, se tiene en cuenta sólo su carácter normativo. Es decir, constituyen un instrumento, una ley, con jerarquía superior por ser originada en el ejercicio del poder constituyente, escrita y codificada.

f) Materiales: prescindiendo del carácter normativo formal se considera Constitución material a aquel conjunto de normas que tiene vigencia sociológica, actualidad y positividad.

g) Otorgadas, pactadas e impuestas: siguiendo a Bidart Campos, las primeras hacen referencia a que son concedidas de forma unilateral por un órgano que detenta el poder: las segundas, cuando surgen de un acuerdo entre la comunidad y los órganos del Estado; y, finalmente, las últimas cuando habiendo surgido por un procedimiento formal, emanan del poder constituyente radicado en el pueblo.

Es necesario resaltar la clasificación de las constituciones que hace Loewenstein [127], considerando que las anteriores no resultan útiles ni eficaces por haber cambiado decisivamente la significación de Constitución. Para enunciarla afirma que, en su origen, tal norma constituyó un instrumento eficaz para poner límites al ejercicio del poder, reglando sus atribuciones y estableciendo una serie de derechos individuales de carácter inalienable.

[126] BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, cap. 1.

[127] LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, p. 169.

Sin embargo, esto no significa *ipso facto* que en la realidad tales preceptos se cumplan. Lejos de ello, en muchos Estados se han dictado pulidos documentos constitucionales que no cumplían función alguna en el sistema ya que el divorcio con la realidad era manifiesto. Cita como ejemplo, en el siglo XX, a los países de Iberoamérica.

Por tal motivo, postula como criterio clasificatorio el ontológico que hace referencia a la ciencia del ser o de la realidad. Por lo tanto, el análisis deberá basarse en la concordancia entre los preceptos constitucionales con el estado real de cosas, con el actual proceso del poder de un Estado. En tal sentido, se pueden clasificar las constituciones en:

1. Normativas: estamos frente a ellas, cuando el proceso del poder se adapta a las normas de la Constitución y se somete a ella. Existe entonces una efectiva vigencia de las normas y, el estado de cosas de la realidad concuerda con lo que prescriben las normas. "...La Constitución es un traje que sienta bien y que se lleva realmente". Estamos frente a un modelo donde la ley fundamental tiene una vigencia real y efectiva y todos los miembros del sistema y los órganos del Estado se atienen a lo que ella prescribe.

2. Nominales: pueden calificarse de tales aquellas normas que poseen una vigencia relativa y, por lo tanto, la realidad concuerda parcialmente con lo que prescriben las normas.

Esto significa que no hay una integración completa entre lo que establece el texto constitucional y el estado de cosas producto de la dinámica o ejercicio del poder.

"Una Constitución es —según Sánchez Viamonte [128]— un programa de gobierno...".

3. Semánticas: son aquellas normas que constituyen "un simple pedazo de papel" sin vigencia alguna. Por lo tanto, hay un divorcio absoluto entre el estado de cosas de la realidad y lo que prescribe la norma fundamental a tal punto que, de no existir la Constitución, el desarrollo fáctico del proceso del poder sería el mismo.

Otros criterios serían aquellos que las clasifican, según las formas de Estado, en unitarias o federales, o, según las formas de gobierno, en monárquicas, republicanas, liberales, democráticas o socialistas.

5.1. Clasificación según los tipos de constituciones

Esta modalidad de clasificación, denominada tipología de las constituciones, nos permite agrupar los distintos conceptos de Constitución según

[128] SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Los derechos del hombre y la Revolución Francesa*, Universidad Autónoma de México, 1956.

determinados rasgos o caracteres definitorios que contenga la norma fundamental.

Estos rasgos o particularidades son los que posibilitan, en determinados contextos, aumentar o no la posibilidad de vigencia de la norma fundamental. También es posible que aparezcan combinados.

Así, la tipología de los conceptos de Constitución pueden clasificarse en:

1. Racional normativo: concibe a la Constitución como un sistema de normas, como un complejo normativo dictado de una sola vez en el que se reconocen derechos y establecen las funciones fundamentales del Estado, se regulan sus órganos, las relaciones entre ellos y el ámbito de sus competencias. Esta concepción afirma que es posible crear, de manera general y para siempre, a través de la razón, un esquema de organización que encierre toda la actividad del Estado y de los particulares que lo forman. Por otra parte, esta idea es propia del liberalismo basada en la creencia de que es posible racionalizar el acaecer político:

La ley posee una fuerza estructuradora y, por ello, disuelve todo lo que es meramente fáctico, todo lo que ha sido creado por la tradición, por la autoridad o por la revelación, y comienza posteriormente un trabajo de reconstrucción. Todo se subsume en la Constitución, la superley. Así Tocqueville [129], en *La democracia en América*, se pregunta: "¿De quién recibe el rey sus poderes? De la Constitución. ¿De quién los pares? De la Constitución. ¿De quién los diputados? De la Constitución...".

Esta concepción lleva a la despersonalización de la soberanía, y a afirmar que la Constitución es soberana porque todos los poderes de mando lo son en virtud de ella. Kelsen [130], que sostiene que la soberanía es una propiedad del orden vigente, afirma que este atributo no deriva de ningún otro orden y, por lo tanto, radica en la Constitución.

Esta concepción ha tenido vigencia en el constitucionalismo desde fines del siglo XVIII y como crítica a ella podemos citar a Max Weber: "para que la explotación económica capitalista proceda racionalmente precisa confiar en que la justicia y la administración seguirán determinadas pautas...", es decir un modelo, un sistema racionalizado basado en el cálculo más preciso posible.

2. Histórico-tradicional: frente al tipo anterior reacciona la ideología conservadora, basándose en la idea de considerar al pasado como un orden inmutable y que el presente sólo puede explicarse en función de un pasado. Del ser de ayer se extrae el deber ser del presente y del futuro. En cuanto a

[129] TOCQUEVILLE, A. de, *La democracia en América*, trad. de C. R. Escobar, Madrid, 1911, p. 589.

[130] KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Labor, Barcelona, 1934, lib. II, cap. 4, p. 150.

la Constitución (norma jurídico-positiva) no es el resultado de la razón, sino el resultado de una lenta transformación histórica que produce ese resultado. Para la creación de esta norma se combinan múltiples elementos, como los usos y costumbres formados lentamente, y los actos parciales reflejos de situaciones concretas, cuyos orígenes son imprecisos.

En tal sentido, es ejemplificatoria la idea de Burke, quien dice que la Constitución es la "herencia vinculada que nos ha sido legada por nuestros antepasados y que debe ser transmitida a nuestra posteridad con una propiedad que pertenece esencialmente al pueblo de este reino sin referencia a ningún derecho más general o anterior".

Dentro de esta corriente historicista, cierta doctrina sostiene que la razón puede moldear la historia y, por lo tanto, es posible armonizar y planificar racionalmente el futuro desde la situación histórica. Como ejemplo, Croce [131] defiende al "historicismo completo" que armoniza el historicismo por un lado, con el sentimiento de libertad y humanidad por el otro.

Postula, además, que la Constitución no necesita lógicamente ser en su totalidad escrita y reivindica a la costumbre que ha de tener un lugar preponderante en la teoría del derecho.

3. Sociológico: afirma que la Constitución no es una forma de deber ser (elaboración racional), ni tampoco es un producto del pasado, sino que es una forma de ser. De la historia no resulta la ley fundamental y lo que es relevante para el concepto es la situación social, las estructuras sociales de un sistema. Para gran parte de los autores del siglo XIX, estas estructuras se identifican con las situaciones económicas.

Lo relevante para una Constitución es la realidad social subyacente y si esta norma quiere ser vigente deberá ser la expresión y sistematización de ella. Sismondi [132], en esta línea argumental, define a la Constitución como "la manera de existir de una sociedad, de un pueblo, de una nación" y, por ello, nada más variable que la teoría de las constituciones.

6. Constitución. Poder y control. Supremacía de la Constitución

La regulación constitucional sería inútil si los poderes del Estado no estuvieran sometidos a ella. Y lo están porque la ley fundamental institucionaliza y ordena los poderes estableciendo sus competencias y su funcionamiento. La existencia de los poderes y sus atribuciones derivan de la ley fundamental.

[131] CROCE, Benedetto, *La historia como hazaña de la libertad*, trad. E. Diez Canedo, México, 1942.

[132] SISMONDI, Simone de, *Estudios sobre la constitución de los pueblos libres*, trad. Serrano y Picón, p. 13.

Esto nos permite afirmar que la actividad legislativa, judicial y ejecutiva sólo será legítima cuando sea acorde a los preceptos de la constitución. En cuanto al Poder Legislativo, éste es el encargado fundamentalmente de la producción normativa general del sistema y todas las normas que este órgano dicte deberán atenerse a la constitución, no sólo en el contenido sino también en el procedimiento formal de elaboración que la misma ley fundamental contempla.

La supremacía surge, entonces, como una cuestión lógica. No obstante ello, los ordenamientos constitucionales prevén expresamente el principio de la supremacía de la Constitución. A título de ejemplo, la Constitución Nacional en el art. 31 establece que "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación...". La Constitución española de 1978 dice, en el art. 9°, punto 1, "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

En el sistema constitucional la idea de supremacía tiene diversas significaciones. Una de ellas es que la Constitución es una norma de jerarquía superior frente a las demás normas surgidas de los procedimientos ordinarios de creación de normas que el sistema jurídico establece. Este rango superior implica que estas normas no podrán contradecir a la ley fundamental. Otra importante es que los poderes públicos están habilitados a actuar en virtud de la Constitución que, a su vez, opera como límite a sus atribuciones, ya que sólo podrá calificarse de legítima aquella actuación de cualquier poder que respete o no transgreda los preceptos constitucionales.

Si cualquier poder se excediera en sus facultades tal actuación podrá declararse inconstitucional a través de la jurisdicción constitucional, remedio propio para corregir tal disfuncionalidad.

7. Constitución y reforma. Mutación constitucional

Todas las constituciones modernas prevén su procedimiento de reforma, cuestión lógica por otra parte, ya que no obstante tener la ley fundamental vocación de estabilidad y permanencia es razonable que contemple la posibilidad de reformarse cuando se den determinados supuestos.

En efecto, la necesidad puede aparecer porque han surgido cambios muy importantes en la realidad social o económica del sistema, porque se haya trazado un diseño institucional equivocado, o simplemente por preferencias populares. En realidad, puede haber múltiples razones que justifiquen una reforma; ahora bien, sólo tendrán entidad suficiente estas razones cuando se cumpla la previsión constitucional del mecanismo que habilite a la misma.

Contemplar expresamente el procedimiento de reforma no sólo se justifica para aceptar los posibles cambios futuros en la sociedad o en el Estado, sino también para garantizar la continuidad jurídica.

El ordenamiento constitucional, entonces, dispone un procedimiento formal para la reforma que garantiza su legitimidad y, por otra parte, permite la participación de todos los sectores involucrados.

En cuanto a quién debe llevar a cabo la reforma, las constituciones en general encomiendan tal función a órganos especiales. Esto significa que le está vedada tal facultad al órgano legislativo (y lógicamente a los demás poderes), cuestión que es razonable porque, como ya hemos visto, han sido creados por la propia ley fundamental. Este órgano especial usa de tal facultad en ejercicio del poder constituyente, que originariamente reside en la comunidad.

Respecto del procedimiento para llevar a cabo la reforma, éste es, generalmente, distinto al ordinario de promulgación de las leyes y exige una serie de requisitos que lo tipifican o caracterizan como de calificado o de mayor estrictez. De tal postulado se deriva la aludida rigidez de la Constitución.

Entre los requisitos o exigencias que pueden presentar los sistemas constitucionales, podemos señalar un mayor consenso o un consenso agravado para declarar la necesidad de la reforma en el cuerpo legislativo, o el establecimiento de un referéndum, o elecciones especiales. Debe buscarse siempre que tal reforma surja de un acuerdo de voluntades, el mayor posible entre todos los miembros del sistema; con un método, además, que garantice la participación de las minorías. De ser así, la legitimidad está asegurada.

La Constitución argentina, en su art. 30, contempla el procedimiento de reforma y lo hace estableciendo un mecanismo exigente. Requiere por parte del Congreso la declaración de necesidad de la reforma, con un consenso agravado de las dos terceras partes de sus miembros, y que no se llevará a cabo sino por una Convención convocada al efecto.

En cuanto a los contenidos a reformar, en principio puede decirse que no hay limitaciones; sin embargo, algunas constituciones como la italiana del 27 de diciembre de 1947 establece, en su art. 139, que "La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional". Otras constituciones establecen para determinados contenidos requisitos tan exigentes que tornan casi imposible su modificación, y en doctrina también se habla de contenidos pétreos para hacer referencia a cláusulas irreformables, por constituir principios o valores de acendrada raigambre en la sociedad, que no deben alterarse en la norma fundamental.

La mutación constitucional, finalmente, hace referencia a la alteración de las normas constitucionales de hecho, es decir, sin que expresamente

sean modificadas. Los supuestos que pueden producir tal cambio son la reinterpretación de las normas constitucionales o la inaplicabilidad de las mismas por tiempo prolongado.

En cuanto al primero, no es difícil que ocurra en los sistemas ya que, si bien es cierto que los conceptos incluidos en la norma fundamental tienen perdurabilidad y forman parte de una tradición histórica o social, la misma evolución del sistema puede llevar a que tal contenido pueda reinterpretarse. La vía natural es a través del Poder Judicial, por la jurisprudencia.

El segundo, también denominado *desuetudo*, es discutible porque aceptarla significaría contradecir el principio de la supremacía al que nos hemos referido.

8. Las partes del derecho constitucional

En sentido estricto, el derecho constitucional no debería ser susceptible de divisiones en partes o ramas autónomas. Al ser la disciplina jurídica que se ocupa del estudio de la Constitución, participa de alguno de los caracteres de la norma fundamental, como los denominados principios de *supremacía* y de *unidad*.

Es muy lógico que sea así, no solamente por las razones históricas que explican la formación del constitucionalismo en el mundo occidental y que no se repiten aquí por resultar suficientemente conocidas, sino también porque al ser la Constitución la norma fundamental del ordenamiento, el vértice de la pirámide de gradación de normas, si seguimos a Hans Kelsen, su unidad como norma y como disciplina de estudio para el caso del derecho constitucional debe aparecer incólume.

Eso no impide que por razones pedagógicas, a los efectos de facilitar su estudio o enseñanza, el derecho constitucional no pueda reconocer "partes" o "secciones".

Joaquín V. González es reconocido entre los constitucionalistas por haber sido el primer autor que introdujo un enfoque metodológico en la enseñanza del derecho constitucional, sobre todo a partir de la publicación de su *Manual de la Constitución argentina* [133]. En su exposición dividió la Constitución en dos partes principales, la *parte dogmática* y la *parte orgánica*, criterio que también siguió Juan A. González Calderón cuando escribió el primer *Tratado* [134] sobre la materia y que reconocía ya antecedentes en los anteriores "manuales" y "lecciones". En ese mismo sentido, el profe-

[133] GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1959.

[134] GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, Lajouane, Buenos Aires, 1926.

sor Germán J. Bidart Campos ha denominado "Derecho constitucional de la libertad" al estudio de la parte dogmática y "Derecho constitucional del poder" al estudio de la parte orgánica [135].

Se trata de una división temática que reconoce sus antecedentes en la historia constitucional y, sobre todo, en el desarrollo evolucionista del derecho constitucional inglés, al distinguir en las cartas y documentos constitucionales el llamado *bill of rights* del denominado *framme of government*. Se trata de una división tradicional generalmente aceptada y que no ha merecido objeciones, sin perjuicio de que en ese caso no se habla en sentido propio de "ramas" sino de partes de la Constitución a los efectos de su enseñanza y sin perjuicio del principio de unidad en la interpretación del texto. Así en la enseñanza tradicional del derecho constitucional argentino se comienza por diferenciar el Preámbulo, la parte dogmática y la parte orgánica.

Otra cuestión a deslindar es la referida al *derecho constitucional comparado*, que no es en rigor de verdad una rama o especialidad dentro del derecho constitucional, sino un *método* de estudio que consiste en comparar textos y modelos de distintos países. El método comparado no se limita a la sola descripción de instituciones de otros países, sino que también debe proyectar su funcionamiento en la realidad que se pretende analizar. Por lo tanto, al referirnos a las "ramas" del derecho constitucional nos referimos a las distintas especializaciones que parten desde el propio derecho de la Constitución. En ese sentido, oportunamente ejerció gran influencia sobre nuestra doctrina la obra *Derecho constitucional comparado* del profesor español Manuel García Pelayo [136]. Más tarde aparecería la obra del italiano Paolo Biscaretti di Ruffia publicada por el Fondo de Cultura Económica de México y las sucesivas ediciones (cinco en la actualidad), de la magnífica obra *Diritto costituzionale comparato* del profesor Giusseppe De Vergottini, publicada en Padua [137].

Siguiendo con los deslindes y toda vez que la Constitución no solamente se ubica en el vértice de la pirámide jurídica por imperio del principio de supremacía (art. 31, CN), sino que también parten de ella las ramas del derecho en general o *de derecho común* en la terminología constitucional (art. 75, inc. 12), corresponde formular una aclaración en cuanto a que las ramas del derecho común o de fondo no son consideradas como ramas del derecho constitucional.

Si bien la aclaración puede parecer ociosa, no lo es tanto en cuanto se advierte que en los programas del Ciclo Profesional Orientado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, se enseña el derecho constitucional vinculado con las distintas especializaciones o áreas del plan de estudio, de manera que mientras en el Ciclo Profesional Común (hasta tercer año) se enseña *Elementos de derecho constitucional*, en el ciclo de especialización se enseña *Bases constitucionales del derecho privado* para quienes siguen la especialización en derecho privado y derecho notarial; *Garantías constitucionales del proceso penal* para quienes han elegido la especialización en penal; *Derecho constitucional económico* para quienes han elegido la especialización derecho tributario y empresarial; y *Derecho constitucional profundizado y procesal constitucional* para quienes han elegido la especialización de derecho público y en derecho procesal.

[135] BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

[136] GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional...*, cit.

[137] DE VERGOTTINI, Giusseppe, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova.

En esos casos no se trata en realidad de materias distintas o de ramas distintas sino de la enseñanza del derecho constitucional de manera profundizada, en especial a partir de las reglas de interpretación constitucional que se aplican sobre fallos de jurisprudencia correspondientes a diferentes ramas del derecho común. Pero es necesario hacer la aclaración porque las denominaciones confunden. Soy de la opinión, y así lo he expresado en el seno del Departamento de Derecho Público I que la materia debería tener una denominación única: *Derecho constitucional profundizado* y a continuación, o entre paréntesis, la orientación a la rama del derecho común que corresponda.

Continuando el orden de los deslindes que es necesario efectuar, corresponde ahora considerar el caso del *derecho administrativo* así como de las *finanzas públicas y derecho tributario*. Ambas disciplinas, que a diferencia del *derecho común* referido en el párrafo anterior, se entroncan directamente en la Constitución, toda vez que son disciplinas especializadas sobre temas constitucionales que, con el transcurso del tiempo y los estudios sobre tales temas, han alcanzado autonomía científica y didáctica.

Sobre el *derecho administrativo* se ha dicho que contiene la "letra chica", mientras la Constitución enuncia los títulos o grandes principios, esta rama especializada estudia la numerosa normativa infralegal e infraconstitucional. En nuestro país ha alcanzado tanto desarrollo que ha llegado a decirse que el derecho administrativo acompaña al ciudadano "desde la cuna hasta la tumba" y que difícilmente pueda pasar un día de su vida sin estar en contacto con el derecho administrativo. Se ocupa en sentido propio de la actividad administrativa del Estado, ya se trate de la llamada administración centralizada o descentralizada, pero distintas vías ha ido ampliando su ámbito.

La autonomía del derecho administrativo argentino se vio favorecida por la influencia de la doctrina administrativista francesa y el desarrollo de la teoría del *acto administrativo* y de los *contratos administrativos*, así como también por los aportes de la doctrina italiana y española. Tales influencias también se reflejan en la creación del fuero contencioso-adminis-

trativo, tanto en la justicia federal como en varias provincias, tomando como base de su organización el Consejo de Estado y el contencioso-administrativo francés.

La influencia de fuentes de distinto origen y provenientes de diferentes modelos jurídicos comparados ha traído como consecuencia que en no pocas oportunidades la interpretación de la doctrina administrativista se ha apartado de la de los constitucionalistas, como ha ocurrido, por ejemplo, en materia de reglamentos de necesidad y urgencia, legislación delegada y emergencia económica; llegando inclusive a realizarse interpretaciones de la Constitución desde principios creados dentro del derecho administrativo que generan zonas de duda en cuanto a la aplicación del principio de supremacía constitucional (art. 31, CN).

No menos independencia ha alcanzado la llamada ciencia de las *finanzas públicas*, ubicándose con ella el llamado *derecho tributario* y también las cuestiones de naturaleza *presupuestaria*. Son parte de los contenidos de la Constitución Nacional en materia de recursos y gastos, pero han ido adquiriendo autonomía al incluir entre sus postulados los principios de la ciencia financiera y la ciencia de la tributación, incluyendo el análisis contable y el de auditoría interna y externa del sector público, que le han dado un carácter técnico que lo ha individualizado de la interpretación constitucional clásica o general.

La autonomía científica y didáctica del *derecho tributario* se ha ido afirmando, toda vez que en su análisis no se siguen solamente criterios y principios propios del derecho público sino que el estudio de la llamada *obligación tributaria* ha incluido análisis provenientes del derecho privado italiano y español. En nuestro país existe una Asociación Argentina de Estudios Fiscales y una Asociación Argentina de Análisis Presupuestario.

Descartamos también, finalmente, la eventual existencia de un *derecho judicial constitucional*, por aplicación al Poder Judicial de un criterio de especialización similar al que se refiere el derecho administrativo al ocuparse de la Administración Pública o del derecho parlamentario al ocuparse del Poder Legislativo. Ello se funda en dos razones, la primera es que la actividad administrativa del Poder Judicial queda alcanzada en el derecho administrativo, como lo demuestra el Reglamento para la Justicia Nacional cuando establece que las acordadas de las Cámaras Federales de Apelación son revisables por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, y en segundo término porque la pretensión de un *derecho judicial* se identifica con la jurisprudencia como fuente del derecho. Llevar las cosas más allá con otras elucubraciones teóricas sería simplemente complicar las cosas.

Como señalamos *ut supra*, la autonomía alcanzada por el derecho administrativo y por las finanzas públicas y el derecho tributario, no permiten considerarlas como ramas del derecho constitucional. Veamos entonces a cuáles consideramos en la actualidad verdaderas "ramas" del derecho constitucional en cuanto a su valor científico y didáctico:

— *Los derechos humanos y las garantías.*
— *El derecho constitucional económico.*
— *El derecho electoral.*
— *El derecho parlamentario.*
— *El derecho público provincial y municipal.*
— *El régimen constitucional de los tratados.*
— *El derecho procesal constitucional.*

Los *derechos humanos y las garantías* abarcan lo referente a la "parte dogmática" de la Constitución que se ocupa de los llamados "derechos fundamentales". En la actual concepción, se incluyen en esa parte los llamados derechos de primera, de segunda y de tercera generación, así como sus garantías. A partir de la reforma constitucional de 1994, el catálogo de derechos se ha ampliado con la incorporación al art. 75, inc. 22 de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. El estudio de la parte dogmática como parte de la Constitución es un contenido clásico e invariable. Sin embargo, a partir de la reforma del plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en 1984, aparece la materia *Derechos humanos y garantías* como una asignatura del ciclo inicial, separada de *Elementos de derecho constitucional*.

De manera que la primera se nutre del contenido dogmático constitucional y de filosofía del derecho y de derecho internacional público, a razón de un tercio (1/3) de contenidos por especialidad. En la práctica ha sucedido que la enseñanza de los derechos humanos se ha ido independizando de la enseñanza del derecho constitucional, estando en la actualidad la mayor parte de las comisiones a cargo de profesores de derecho internacional público, dada la vinculación con los tratados de derechos humanos.

Es de esperar que se mantenga la estrecha vinculación de los derechos humanos o derechos fundamentales con la Constitución a fin de que su relativa autonomía no lleve a recorrer una suerte similar a la ya apuntada respecto del derecho administrativo y del derecho tributario. En el diseño curricular de esas nuevas características de la materia se destacaron los Dres. Germán J. Bidart Campos y Carlos S. Nino, entre los extranjeros merecen citarse a Antonio Pérez Luño y Gregorio Peces Barba, ambos españoles que propugnaron la autonomía de la materia y en el ámbito latinoamericano Héctor Gros Espiell y Héctor Fix Zamudio.

El *derecho constitucional económico* es el conjunto de preceptos de rango constitucional sobre la ordenación de la economía. Como rama del derecho constitucional que se ocupa de la ordenación de la vida económica cobra especial relevancia en nuestros días por el evidente protagonismo que tiene la economía en el campo político, tanto a nivel nacional como internacional. En cierto sentido, puede decirse que la Constitución establece una garantía estructural de la unidad económica, en la medida en que todos los poderes públicos deben respetar las mismas reglas generales en su actuación económica y que todos los particulares se encuentran frente a éstos en las mismas condiciones básicas para desarrollar sus actividades.

Hay algunas disciplinas, como el derecho administrativo y el derecho tributario, a los que ya nos referimos, que si bien tienen su base en la norma constitucional, han realizado un desarrollo autónomo, a partir de principios y metodologías que les son propios. No es ese el caso del derecho constitucional económico, que no es autónomo, sino parte inescindible del derecho constitucional, dentro del cual se identifica por razones de especialización pero no de método. La particularidad del derecho constitucional económico está en aplicar los principios constitucionales a la realidad económica. Entre los autores y publicistas que se ocuparan de las cuestiones económicas constitucionales, cabe citar en lugar destacado a Juan Bautista Alberdi por sus escritos, en especial las *Bases* y el *Sistema económico y rentístico*.

El derecho electoral es el paradigma de lo que en este trabajo hemos categorizado como "rama" del derecho constitucional, en tanto se trata de la aplicación de la propia Constitución con sus principios y lógica de interpretación, a un categoría especial de derechos que son los derechos políticos y que no se diferencian de los derechos civiles por ninguna condición sustancial, sino porque su titularidad está dada con exclusividad a quienes son ciudadanos. El derecho electoral abarca también lo referente a la regulación de los partidos políticos, extremo que ha sido particularmente considerado por la reforma constitucional de 1994 que incluyó los llamados derechos de participación.

Desde el año 1962 existe un fuero especializado dentro del Poder Judicial federal, el fuero electoral, encabezado por una Cámara Nacional Electoral integrada por tres magistrados, cuyos fallos tienen fuerza obligatoria para los 24 juzgados federales con competencia electoral distribuidos en el territorio nacional a razón de un por provincia y por la Ciudad de Buenos Aires, y sobre las Juntas Electorales nacionales que en tiempo de elecciones se constituyen temporariamente con el presidente de la Cámara Federal de cada distrito, el presidente de cada superior tribunal de provincia y el juez federal con competencia electoral.

De manera que la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral es una fuente muy importante en esta rama del derecho constitucional. Entre

los autores extranjeros cabe destacar los aportes de Maurice Duverger, Dieter Nohlen y Giovanni Sartori, y entre los argentinos a Héctor R. Orlandi y Daniel Zovatto.

El concepto de democracia tiene al sufragio y a los partidos políticos como actores ineludibles, a tal punto que, según se afirma, la democracia es en nuestro tiempo una "democracia de partidos". La reforma constitucional de 1994 ha incluido distintas disposiciones que afirman el rol de los partidos políticos (arts. 37 y 38, CN), asignando las bancas por partido en el caso de elecciones para el Senado (art. 54, CN). También se ha establecido la prohibición expresa de realizar modificaciones al sistema electoral y de los partidos políticos por vía de decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3°, CN).

Esas normas suplen la omisión del constituyente de 1853 que no los había considerado y abre la puerta hacia un concepto participativo de la democracia, que tampoco estuvo previsto en el texto originario, pero se fue abriendo camino por imposición de la propia realidad.

El *derecho parlamentario* ha sido definido como la rama de la ciencia jurídica que investiga los principios a que deben ajustarse la Constitución y los procedimientos de las asambleas legislativas. De ese modo, quedan comprendidos, entre otros, los siguientes aspectos: a) la constitución del Congreso o parlamento en sentido formal, es decir desde las sesiones preparatorias hasta la incorporación de los legisladores, abarcando el juicio sobre la validez de la elección, títulos y derechos de los mismos, la aceptación de sus diplomas, el juramento, la constitución de las autoridades.

Además de lo relativo a la constitución del parlamento, el derecho parlamentario incluye: b) los llamados privilegios individuales o colectivos y c) el funcionamiento del cuerpo: sesiones, clases, duración, modo de reunión, carácter de las mismas, formas de emisión de los actos de su competencia, quórum, mayorías de votos, etc. Un especialista en el tema, el Dr. Carlos María Bidegain, clasificó el derecho parlamentario en constitucional y procesal [138].

De manera que el derecho parlamentario constitucional se aplica a conocer la estructura de la institución, los procedimientos de elección de sus miembros, la renovación de las cámaras, sus facultades disciplinarias, las garantías para su funcionamiento libre (los privilegios), sus atribuciones en materia política y normativa. En tanto que el derecho parlamentario procesal se ocupa del funcionamiento interno de la institución, de los aspectos que deben permitirle actuar como organismo dinámico en el cumplimiento de sus obligaciones.

Otro autor que se ha dedicado con seriedad al tema, el profesor Jorge H. Gentile, ha señalado que el derecho parlamentario argentino es la parte

[138] BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires.

del derecho constitucional que estudia la organización, constitución, funcionamiento, procedimientos y competencias del Congreso, las legislaturas provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, y los concejos deliberantes municipales y las prerrogativas de sus integrantes [139].

El *derecho público provincial y municipal* tiene su punto de partida en el título segundo de la segunda parte de la Constitución Nacional (arts. 121 a 129), en su relación con los arts. 1°, 5° y 31 que tratan de lo que Clodomiro Zavalía —quien fuera desde Córdoba el verdadero iniciador de esta rama del derecho constitucional— llamaría el *derecho federal*, a ese aporte inicial, y con el transcurso del tiempo, se sumaría la muy importante obra de Pedro J. Frías *Derecho público provincial* [140] y de Antonio María Hernández *Tratado de derecho municipal* [141].

La magnitud de esas obras no deben, sin embargo, menoscabar la importancia de los aportes de Dardo Rocha, José Benjamín Matienzo, como de la Constitución de Santa Fe de 1921, impulsada por Luciano Molina y Lisandro de la Torre, o los aportes de Salvador Dana Montaño y de Alejandro Gómez, entre muchos otros.

Lo cierto es que el derecho público provincial y municipal no sólo se ha nutrido verticalmente aplicando los métodos de interpretación constitucional, sino que también y por el contrario ha nutrido al constitucionalismo argentino desde la base hacia el vértice de la pirámide jurídica del art. 31; dado la importancia que ha tenido el desarrollo del derecho público en las constituciones provinciales en las sucesivas "oleadas" históricas de constitucionalismo provincial, entre las que cabe identificar principalmente dos: la primera, después de la Revolución Libertadora y en forma paralela a la reforma constitucional de 1957, cuando se crearon las "nuevas provincias" en los anteriores territorios nacionales, y la segunda "oleada" a partir de la recuperación de la democracia en 1983.

En tales oportunidades fue el derecho provincial el que dio aportes significativos que serían una fuente de la reforma constitucional de 1994 en distintos temas, como la autonomía municipal y el federalismo cooperativo, por oposición al anterior federalismo de confrontación. Por ora parte, el nuevo *status* de autonomía que tiene la Ciudad de Buenos Aires ha llevado a algunos constitucionalistas de Buenos Aires a ocuparse del tema, descubriendo el derecho provincial y municipal.

El régimen constitucional de los tratados no es en sentido estricto una rama del derecho constitucional, aunque es un capítulo que merece consideraciones particulares de tratamiento por razones de especialidad. En esto interviene el hecho de que los tratados sean una fuente formal de indudable importancia que, inclusive, a partir de la reforma constitucional de 1994 se ha ubicado por encima de las leyes en cuanto a la gradación jurídica de las normas del art. 31 (ver art. 75, inc. 22, primera parte), superando las antiguas discusiones entre monistas y dualistas.

139 GENTILE, Jorge H., *Derecho parlamentario argentino*, Ciudad Argentina, Buenos Aires.

140 FRÍAS, Pedro J., *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires.

141 HERNÁNDEZ, Antonio M., *Tratado de derecho municipal*, Depalma, Buenos Aires.

En ese sentido, bien puede justificarse que si el derecho parlamentario es una rama especializada del derecho constitucional que se ocupa, entre otras cuestiones, de la formación y sanción de las leyes, es necesario que exista un profundizado estudio sobre la problemática constitucional de los tratados internacionales y del control de constitucionalidad sobre los mismos.

Todo el mecanismo de la celebración y aprobación de los tratados por los Estados integrantes de la comunidad internacional, tiene los perfiles de la descentralización que caracterizan a la organización jurídica de esa comunidad. La carencia de competencias centralizadas y de un orden unitario ponen en las órbitas locales la regulación de cuestiones que exceden el mero interés o la competencia individual de los Estados. En consecuencia, son las prescripciones constitucionales de cada Estado —su derecho público interno— quienes gobiernan la distribución de los órganos, los procedimientos, las formas y las condiciones de validez de los compromisos internacionales, como asimismo establecen la jerarquía que esas normas tendrán en el ámbito jurídico del Estado. De allí surge también la necesidad de remitirse a las normas y prácticas del derecho público de cada país para reconocer el *treaty-making power*, determinando los límites de la competencia de los poderes del Estado y las consecuencias de su vulneración.

Entre las obras dedicadas a esta parte de la materia merecen destacarse como obra clásica *Derecho constitucional internacional* de Boris Mirkine-Guetzévich que marcara una impronta en su tiempo. Asimismo, es de destacar la obra del profesor italiano Antonio La Pérgola, titulada *Poder exterior y Estado de Derecho*. En el derecho constitucional argentino, la obra clásica en este tema es el libro del Dr. Jorge Reinaldo A. Vanossi, *Régimen constitucional de los tratados*, cuya primera edición de El Coloquio fue publicada en 1969, y en cuya segunda edición de Abeledo-Perrot, en el año 2000, participamos para tratar los nuevos temas introducidos por la reforma constitucional de 1994 [142]. Cabe también citar el libro del profesor Juan Vicente Sola *El manejo de las relaciones exteriores. La Constitución y la política exterior* [143].

142 VANOSSI, Jorge R. A. - DALLA VIA, Alberto R., *Régimen constitucional de los tratados*, con prólogo de Segundo V. Linares Quintana y Germán J. Bidart Campos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

143 SOLA, Juan V., *El manejo de las relaciones exteriores*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997.

La reforma constitucional de 1994, además de resolver la antigua disputa entre "monistas" y "dualistas", introdujo la problemática de los tratados de derechos humanos, de los de integración y aquellos que pueden firmar las provincias. En ese sentido, la problemática referida a los tratados de integración ha generado un "subcapítulo" referido al *derecho de la integración*, tanto originario como derivado y que encuentra su mayor desarrollo en la literatura constitucional europea.

Finalmente, cabe considerar la existencia del *derecho procesal constitucional* como rama del derecho constitucional. En ese sentido, el solo hecho de que importantes juristas de nuestro medio, de la jerarquía de Néstor Pedro Sagüés y Augusto Mario Morello, señalen la existencia de un derecho procesal constitucional, parece razón suficiente para darle entidad y contenido.

Hay una fuerte afirmación del llamado *garantismo* que tiende a destacar el valor instrumental de los procesos para hacer factible el ejercicio de los derechos constitucionales. Señala Ferrajoli que "...la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar..." [144]. Y ya con anterioridad se refería Hans Kelsen a las declaraciones de derechos diciendo que "...las libertades que conceden son derechos en sentido jurídico sólo cuando los súbditos tienen la oportunidad de reclamar contra actos del Estado por los cuales estas prescripciones constitucionales son violadas y la facultad de hacer que tales actos sean anulados..." [145].

Por eso se pone el acento en los procesos como garantías que se manifiestan en instituciones concretas, como la mayor amplitud otorgada al amparo y al hábeas corpus a partir de la reforma constitucional de 1994, la incorporación del hábeas data, el denominados "acceso a la justicia" en algunas constituciones provinciales, la ampliación del control de constitucionalidad y de la legitimación activa en los llamados derechos colectivos, que marcan una tendencia cada vez más creciente hacia la plena judiciabilidad de los actos.

Es indudable que toda esta situación nueva representa una clara tendencia que sería absurdo negar, pero la pregunta de fondo que cabría hacerse es si esta ampliación o profundización a favor de la operatividad de los derechos constitucionales o, si se quiere, de la fuerza normativa de la Constitución, se da dentro del derecho constitucional como derecho sustantivo o del derecho procesal como derecho adjetivo, porque en verdad, la denominación de esta pretendida rama parece mezclar las cosas y no tratarse en rigor de una parte del derecho constitucional sino de una profundización de su todo a favor de su plena vigencia normativa.

[144] FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Una teoría del garantismo penal*, varios traductores, Trotta, Madrid.

[145] KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México.

Creo que se dan las dos cosas. Por un lado se ha ampliado el "catálogo" de derechos y garantías contenidas en la Constitución, como ocurrió en la reforma constitucional al incorporar el art. 43 y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), y por otra parte, como bien lo señala Morello, se han acentuado los principios constitucionales en los procesos adjetivos, como la amplitud probatoria, las audiencias, la oralidad, el procedimiento dispositivo, la desconcentración de funciones jurisdiccionales, etc. [146].

Hay en definitiva una zona de confluencia entre el derecho constitucional como derecho de fondo de rango supremo dentro del ordenamiento jurídico y el derecho procesal como disciplina adjetiva que contribuye a la eficiencia de los procesos para la realización del valor justicia. Un argumento que permite insistir en esa afirmación es que quienes sostienen la existencia de un derecho procesal constitucional se ocupan de los procesos constitucionales sumarísimos o abreviados pero no de un proceso constitucional contenido en el propio texto fundamental, como es el juicio político o los procedimientos del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

Hasta aquí hemos querido presentar un panorama de las ramas del derecho constitucional, sin pretender que las mismas son inmutables o responden a categorías fijas, sino que, por el contrario, las mismas van nutriéndose, evolucionándose o adaptándose con el devenir de la realidad y de los cambios en el derecho.

La Constitución, por definición, no puede ser más que una y suprema, de lo contrario no es. Como señalara Alexander Hamilton *"Una Constitución es de hecho, y debe ser considerada por los jueces como una ley fundamental. Por lo tanto a ellos les corresponde determinar su significado..."* [147].

[146] MORELLO, Augusto M., *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Platense, La Plata, 1998.

[147] HAMILTON, Madison - JAY, *El federalista*, nro. LXXVIII, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 332.

CAPÍTULO III

EL PREÁMBULO Y LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

1. El Preámbulo

Es el pórtico o introducción al texto constitucional, donde de alguna manera se enuncian los grandes principios. Joaquín V. González lo caracterizó como "arco de triunfo monumental entre el pasado y el porvenir" [148]. Es doctrina en el derecho constitucional argentino que el Preámbulo no integra el cuadro normativo de la Constitución, aun cuando en algunos casos la Corte Suprema ha admitido que sus principios u objetivos sirviesen como pauta de interpretación para resolver casos concretos sometidos a su conocimiento y decisión. En el caso "Provincia de Neuquén v. Sport 2000", resuelto en 1970, el Alto Tribunal sustentó su decisión en el objetivo preambular de "afianzar la justicia".

La importancia del examen del Preámbulo para llegar a la verdadera interpretación de las cláusulas de la Constitución —observaba Story— ha sido siempre comprendida y reconocida en todas las decisiones judiciales. Es una máxima admitida en el curso ordinario de la justicia, que el Preámbulo de un estatuto revela la intención del legislador, hace conocer los males que ha querido remediar y el fin que quiere alcanzar; encontramos esta máxima recomendada y puesta en práctica por nuestras más antiguas autoridades en el derecho común. Los jurisconsultos dicen: *Cessante lege proemio cesta et ipse lex*" [149].

Mas si el Preámbulo ha tenido por objeto declarar los propósitos de los autores de la Constitución y los fines que tuvieron en mira, no podrá utilizarse para extender la competencia de los poderes instituidos o ampliar la suma de atribuciones enumeradas. "El Preámbulo —dice el mismo Story— no puede jamás ser invocado para aumentar los poderes confiados al poder

[148] GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual...*, cit., p. 82.

[149] STORY, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, trad. de Calvo, Buenos Aires, 1887, cit. por GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional...*, cit., t. I, p. 322.

general o a alguno de sus departamentos; por sí mismo no puede conferir ningún poder ni aun puede por inducción servir para dar más amplitud a aquellos que han sido acordados de una manera expresa [150].

El Preámbulo del proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata era de un contenido declarativo menor, de modo que bien ha podido señalarse que estaba inspirado en un simple "pacto federal", más que en una Constitución. Decía el mismo "Nos, los representantes de las Provincias de la Confederación Argentina, reunidos en el Congreso General Constituyente, invocando el nombre de Dios, legislador de todo lo creado, y la autoridad de los pueblos que representamos, en orden a formar un estado federativo, establecer y definir sus poderes nacionales, fijar los derechos naturales de sus habitantes y reglar las garantías públicas de orden interior, de seguridad exterior y de progreso material e inteligente, por el aumento y mejora de su población, por la construcción de grandes vías de transporte, por la navegación libre de los ríos, por las franquicias dadas a la industria y el comercio y por el fomento de la educación popular, hemos acordado y sancionado la siguiente Constitución de la Confederación Argentina".

No obstante la pobreza ideológica de aquel Preámbulo, proyectado por Alberdi, respecto del que redactaran los constituyentes de 1853, no deja de notarse la preeminencia del objetivo de constituir la unión nacional frente a las divisiones y desuniones del pasado. También se nota la presencia del ideario de la Generación del 37, en cuanto a la adopción del federalismo norteamericano como idea superadora de las antinomias entre unitarios y federales, de acuerdo con la propuesta de Esteban Echeverría y seguida por Juan Bautista Alberdi en las *Bases*. Lo mismo cabe señalar en cuanto a la idea de "progreso" como ideal rivadaviano adoptado por la generación constituyente y cuyos postulados del referido Preámbulo se reflejan en buena medida en la "cláusula del progreso" redactada por el propio Alberdi que fuera el art. 67, inc. 16 (actual art. 75, inc. 18, CN) [151].

La redacción del Preámbulo actual obedeció a la intención de los constituyentes por encabezar el texto constitucional con una declaración similar a la que lleva en su inicio la Constitución de los Estados Unidos, de manera que el miembro informante de la comisión redactora José Benjamín Gorostiaga explicó que nuestro proyecto de Constitución "...estaba vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos, único modelo de verdadera federación que existe en el mundo..." [152]. A pesar de ello, nuestro Preámbulo tampoco es igual al norteamericano en tanto no fue aquella Constitución la

[150] STORY, *Comentario...*, cit., p. 322.

[151] ECHEVERRÍA, Esteban, *Dogma socialista*, Jackson Inc., Buenos Aires.

[152] Sesión del 20 de abril de 1853.

única fuente de la nuestra y existen particularidades que surgen de nuestra propia historia e idiosincrasia como Nación.

Mientras la Constitución estadounidense comienza con la frase "Nosotros, el pueblo...", enfatizando el carácter soberano del poder constituyente por sobre cada uno de los estados que conformaron la unión, nuestro Preámbulo comienza enfatizando el sistema representativo tomado también del modelo constitucional de aquel país, al comenzar con la frase "Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen...". En la misma sesión del 20 de abril de 1853, decía el convencional Juan María Gutiérrez que "...la Constitución no es una teoría, como se ha dicho; nada más práctico que ella; es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley, y encerrada en ese código que encierra la tiranía de la ley, esa tiranía santa, única a que yo y todos los argentinos nos rendimos gustosos..." [153].

Una referencia muy importante que hace nuestro Preámbulo es al cumplimiento de los "pactos preexistentes" que eran, algunos de ellos, interprovinciales y otros internacionales. A la primera categoría pertenecen el Pacto del Pilar (1820), el Tratado del Cuadrilátero (1822), los diversos tratados de 1827, 1828, 1829 y 1830, el Pacto Federal de 1831 y, finalmente, el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos. A la segunda categoría corresponden los tratados con Inglaterra de 1825 y de 1839 y otro con Francia de 1840, aunque estos últimos fueron en realidad suscriptos por la provincia de Buenos Aires y posteriormente garantizados por la Nación a partir de 1860. En cuanto al Pacto de San José de Flores, firmado el 11 de noviembre de 1859, tuvo en rigor el carácter de un tratado internacional al ser suscripto por dos Estados independientes, cuales eran a esa fecha la Confederación de las Provincias Unidas del Río de la Plata y el Estado de Buenos Aires [154].

Durante el debate previo a la reforma constitucional de 1994, existieron posiciones que pretendieron erróneamente considerar al llamado "Pacto de Olivos", suscripto entre los jefes políticos del Partido Justicialista (Dr. Carlos S. Menem) y de la Unión Cívica Radical (Dr. Raúl R. Alfonsín), como uno de los "pactos preexistentes". Está claro que la propia expresión "preexistente" sólo puede hacer referencia a los pactos anteriores a la propia Constitución, es decir al poder constituyente originario y no a los acuerdos sobrevinientes, aun cuando pudieran ser anticipatorios del ejercicio del poder constituyente derivado o reformador.

✳ Los objetivos del Preámbulo, conforme lo enunciaran los constituyentes de 1853 son seis 1) constituir la unión nacional; 2) afianzar la jus-

[153] Ver GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A.; *Derecho constitucional...*, cit., p. 330.

[154] GALÍNDEZ, Bartolomé, *El pacto de 11 de noviembre de 1859*, Araujo, Buenos Aires, 1939.

ticia; 3) consolidar la paz interior; 4) proveer a la defensa común; 5) promover el bienestar general; y 6) asegurar los beneficios de la libertad. A pesar del contexto histórico particular y fundacional en que fueron redactados, puede afirmarse que los seis objetivos mantienen su plena vigencia.

Algunos de ellos han sido de manera más frecuente pautas, orientaciones o principios para la interpretación jurídica, como el ya referido objetivo de "afianzar la justicia", citado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así también puede notarse que los dos últimos objetivos: promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad han dado fundamento a orientaciones ideológicas opuestas en distintos períodos de la evolución de nuestra jurisprudencia, especialmente en materia de restricción de libertades, Mientras el último objetivo preambular está imbuido de una concepción demoliberal e individualista; el anteúltimo objetivo atiende a una concepción teleológica o finalista en la búsqueda de la mayor prosperidad para el mayor número.

Es de destacar la extensión de las libertades civiles que hace el Preámbulo para "todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino" y que corresponde a una concepción política y económica conforme a la cual uno de los principales problema que tenían los pueblos de la América del Sur eran sus tierras desiertas, de manera que para Alberdi "gobernar es poblar". Esa verdadera política explícita de nuestra Constitución a favor de la inmigración —principalmente europea— se refleja también en los arts. 20 y 25, CN.

La invocación final a Dios como "fuente de toda razón y justicia", no sólo refleja la confesión religiosa del pueblo argentino al momento de sanción de la Constitución sino, también, la concepción iusnaturalista que sustentaba la declaración de derechos como propios del hombre y anteriores al Estado.

2. La parte dogmática de la Constitución Nacional

El estudio de la Constitución suele dividirse entre la llamada "parte dogmática" (primera parte, arts. 1° a 43) y la llamada "parte orgánica" (segunda parte, arts. 44 a 129). Dicha división respondió a razones pedagógicas en la enseñanza de la materia, toda vez que la Constitución como instrumento jurídico ubicado en la cima de la pirámide del ordenamiento vigente, responde al principio hermenéutico de unidad y, por ello, no debe considerarse aisladamente sino como una totalidad. En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho en el *leading case* "Antonio Sofía" (1960), como en otros numerosos pronunciamientos, que las normas constitucionales no deben interpretarse aisladamente ni ponerse en pugna unas frente a otras sino armonizarse, de manera que todas conserven igual valor y efecto.

En el ámbito del derecho constitucional comparado, sin embargo, tal división encuentra sustento en la tradición anglosajona que divide el *framme of government* o estatuto del poder de las declaraciones de derecho, a las que llaman *bill of rights*; de manera que diversos estatutos o documentos constitucionales ingleses son los que fueron conformando una Constitución "dispersa" (no codificada). Seguramente há sido esa tradición constitucional clásica, la que pasó de Inglaterra a los Estados Unidos y de allí a nosotros, la que ha llevado al profesor Germán Bidart Campos ha distinguir en sus trabajos sobre la Constitución argentina un "derecho constitucional de la libertad" (parte orgánica) y un "derecho constitucional del poder" (parte orgánica) [155].

No pude decirse con precisión terminológica que la primera parte conforme un "dogma" determinado, a la manera en que Echeverría se refería al dogma de mayo. Los principios del constitucionalismo liberal seguramente tuvieron mayor nitidez o definición en la llamada "Constitución histórica" de 1853-1860, pero las sucesivas reformas fueron incorporando elementos de distintas vertientes ideológicas, por citar solamente el "constitucionalismo social", en el art. 14 bis. No obstante, la expresión dogma puede ser valiosa si no la consideramos en sentido gramatical sino como identificadora de un conjunto de creencias comunes de un determinado conjunto social o pueblo. Fue así que en el caso "Eduardo Sojo" nuestra Corte Suprema denominó a la Constitución Nacional "*palladium* de la libertad" y "arca guardadora de nuestras más sagradas libertades".

Lo cierto es que tales afirmaciones son los mejores argumentos para rechazar la división de la Constitución en partes. En efecto, es justamente la parte orgánica, al organizar y dividir el poder, la mayor garantía de la vigencia de las libertades enunciadas en la primera parte.

Observo, sin embargo, dos diferencias o matices que permiten afirmar o sostener la división entre parte dogmática y parte orgánica de la Constitución Nacional, aunque más no sea desde un punto de vista metodológico.

El primero está marcando la naturaleza propia de las grandes declaraciones de derecho, incluyendo la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de Francia de 1798 y siguiendo con las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América, en cuya tradición constitucional se enmarca la primera parte de nuestro texto fundamental. Se trata de declaraciones de voluntad dirigidas a la humanidad en donde se consagran derechos y garantías pero teniendo a la libertad como principio. Tal como afirma la última parte de nuestro art. 19: *"Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"* (en síntesis: lo que no está prohibido está permitido).

155 BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, cit.

Para la segunda parte, en cambio, el principio es inverso: los poderes públicos sólo tienen las competencias que las provincias *expresamente* delegaron en cada una de las ramas del Gobierno federal: Poder Legislativo (art. 75), Poder Ejecutivo (arts. 99 y 100) y Poder Judicial (arts. 116 y 117). Por ende, considero que la parte orgánica de la Constitución es consecuencia de la delegación efectuada por las provincias a la Nación en el momento del acto constituyente originario y que se expresa en el texto del art. 121 de la norma fundamental cuando dice: *"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 momento de su incorporación"*, norma que tiene su fuente en la enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos.

En tanto que la parte dogmática no es consecuencia de una "delegación" sino de una "declaración" conjunta del pueblo de la Nación y de las provincias reunidos en Congreso General Constituyente; sin perjuicio de que se hayan delegado también, en los poderes públicos del gobierno federal, las garantías de tales derechos y los mecanismos para hacer cumplir y proteger a los mismos.

El profesor Bidart Campos, a quien citábamos más arriba, afirma que las declaraciones, derechos y garantías de la parte dogmática de la Constitución federal conforman un piso mínimo o un *minimun minimorum* de protección, por encima del cual las provincias pueden ampliar, pero nunca disminuir el ámbito garantista. Tal afirmación, del destacado constitucionalista, encuentra fundamento en el principio *pro homine* que domina en el ámbito de los derechos fundamentales; pero nosotros también creemos que el argumento que acabamos de sostener también avala ese criterio.

El otro matiz, que nos lleva a sostener la conveniencia de mantener la división entre parte dogmática y parte orgánica, es el que surge del art. 75, inc. 22 conforme la redacción dada por la convención nacional reformadora de 1994, cuando al referirse a los tratados de derechos humanos, se dice en la última parte del segundo párrafo que "...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..." (la bastardilla es nuestra), de donde surge una diferente interpretación de la jerarquía normativa de la primera y segunda parte de la Constitución, respecto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Ahora bien, como el principio constitucional de unidad interpretativa no admite realizar distinciones entre la primera y la segunda parte, cabe concluir que la jerarquía constitucional de tales tratados implica reconocerles un *status* especial, que no afecta al principio de supremacía que sigue siendo condición exclusiva de la Constitución Nacional en orden a lo dispuesto en

la primera parte del art. 31 de la misma. La cuestión, sin embargo, pone de resalto el carácter especial que han alcanzado los derechos fundamentales en este siglo, tanto en el orden nacional como en el internacional, de donde el principio *pro homine* ha pasado a ser una pauta interpretativa fundamental en las constituciones, que a su vez realza el valor dogmático de la primera parte.

La parte dogmática resume el ideario que constituyó la Nación y la puso en marcha, por eso tampoco faltan en ella las referencias históricas como es el caso de los arts. 15 o 29. Posiblemente por esa misma razón, la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional de 1994, estableció que cualquier modificación a la primera parte de la Constitución sería considerada "nula de nulidad absoluta"; por ese motivo ni siquiera se cambió la numeración que sigue siendo la misma, inclusive en el caso del art. 14 bis.

Ya en 1957 se había incorporado el mencionado artículo para dar entrada a los llamados derechos "de segunda generación" o derechos económicos, sociales y culturales, que pasaban a integrar la lista de derechos humanos o derechos fundamentales junto a los derechos clásicos, los civiles o políticos, también llamados de "primera generación" y que se encuentran principalmente en los arts. 14 a 20, CN.

En 1994 se agregó un segundo capítulo a la parte dogmática —con anterioridad tenía un capítulo único denominado "De las declaraciones, derechos y garantías" que ahora se llama cap. I—. El nuevo cap. II se denomina, precisamente, "De los nuevos derechos y garantías" y ha dado cabida a los llamados "derechos de tercera generación" o derechos colectivos, como los derechos al ambiente y los de usuarios y consumidores, en los arts. 41 y 42, así como las garantías procesales de los mismos (art. 43), además de ampliar el catálogo de derechos políticos y electorales. Pero a todo ello nos referiremos más adelante.

CAPÍTULO IV

EL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN

1. Estado y gobierno

Siguiendo la clásica descripción de los elementos del Estado atribuida a Jellinek, a saber: territorio, población y gobierno, la Constitución se refiere a ellos tres en la primera parte. Al gobierno en primer lugar en los arts. 1° a 6°, seguidamente al territorio en los arts. 7° a 13 y a la población o elemento humano en los arts. 14 a 20. Los restantes artículos del primer capítulo de la parte dogmática son en buena medida artículos que enuncian políticas.

Sin perjuicio de referirse concretamente al gobierno federal y los gobiernos de provincias en la parte orgánica, la Constitución en sus primeros seis artículos realiza enunciaciones dogmáticas que guardan relación con el elemento gobierno del Estado, describiendo la forma de Estado y de gobierno (art. 1°), la confesionalidad del Estado o el sostenimiento de la religión mayoritaria por parte del gobierno (art. 2°), la sede de la capital federal (art. 3°), las rentas, porque como señalaba Alberdi, sin rentas no hay gobierno y sin gobierno no hay Estado ni Nación (art. 4°), el fundamento constitucional de los gobiernos de provincias (art. 5°) y la posibilidad de intervenir en los mismo si graves circunstancias los ponen en peligro o así ellas mismas lo requieren (art. 6°).

1.1. Funciones del Estado. Función jurídica del Estado

En cierto sentido, la palabra función denota actividad y su contenido es la realización de actos. Cuando nos referimos a las funciones del Estado, estamos señalando aquel conjunto de actos, de operaciones, de actividades imputadas todas a un ser dotado de personalidad y revestido de autoridad soberana que nace para cumplir determinados fines en donde, además, encuentra su justificación.

Estos actos forman un conjunto complejo y abigarrado, que se suceden ininterrumpidamente y pueden reducirse a una unidad suprema cuando reparamos en la personalidad que los lleva a cabo, pero que se disgregan al advertir su diversidad resultante de su naturaleza, su contenido, su técnica, sus características.

En efecto, cuando esta multiplicidad de actos la podemos agrupar de acuerdo con ciertos caracteres análogos por atender a una misma necesidad, a un mismo modo de obrar y con un idéntico propósito, estamos ante una "función del Estado".

Hacer una clasificación de las funciones del Estado significa distinguir una serie de actividades con singularidad tal que permita agruparlas según criterios funcionales y distinguirlos de otros. Estos criterios funcionales no deben establecerse en abstracto, *a priori*, sino surgir de la observación de la actividad del Estado, de su dinámica moderna.

No debe confundirse entre funciones y fines del Estado. Estos últimos pertenecen más bien al ámbito de la política y consisten en aquellos cometidos, metas u objetivos que deben lograrse mientras que las funciones son una actividad coherente, continua y especial, realizada para alcanzar tales metas u objetivos.

La posición que podemos identificar como tradicional, apoyada en la tríada de Montesquieu [156], clasifica las funciones del Estado en legislativa, judicial y ejecutiva o administrativa, teniendo en consideración el órgano que realiza tal actividad. Tal clasificación resulta insatisfactoria, simplista y desmentida por la realidad social y jurídica; sin embargo, resulta relevante a los efectos de nuestro estudio puesto que pretendemos, en principio, caracterizar las funciones. Luego abordaremos una clasificación más adecuada.

El Estado, para lograr su fines, ejercita cierta actividad a través de sus órganos y a estas actividades podemos definirlas como "funciones".

Así, función legislativa es la actividad estatal llevada a cabo por el Poder Legislativo y tiene por objeto la creación de normas generales. Por su intermedio es como el Estado construye su ordenamiento jurídico, diseña su derecho objetivo y lo modifica. El acto en que se manifiesta como función es la ley o "norma jurídica". Este precepto, de carácter imperativo, obliga absolutamente a los destinatarios e impone conductas generales deseables, conformando un orden. Lógicamente, regula la conducta tanto sea de los ocupantes del gobierno como de los demás miembros de la sociedad. La característica común en esta función es la generalidad y la impersonalidad.

La función jurisdiccional del Estado supone una controversia, constituye el derecho en acción y es ejercitada por el Poder Judicial. En el sistema jurídico se producen conflictos de intereses entre sus miembros y debe evitarse, para la resolución de los mismos, la utilización de métodos que alteren la paz y el orden social. Así, el Estado moderno, en ejercicio de esta función y ostentando el monopolio de la fuerza, dirime la cuestión mediante un acto jurisdiccional. Una vez que se han cumplido un conjunto de actuaciones

[156] SÉCONDAT, Ch. de barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes (1784)*, Madrid, 1980.

ante un magistrado, éste dictará sentencia en la cual se declarará el derecho de una de las partes a la que le asiste la razón.

La función ejecutiva o administrativa es la llevada a cabo por el Poder Ejecutivo y comprende un conjunto de actividades tendientes al ejercicio del gobierno. Suele también caracterizarse con carácter residual, afirman que constituye tal, aquella que no es ni legislativa ni jurisdiccional.

Debe advertirse, a título ilustrativo, que no obstante esta disfunción, cualquiera de los poderes aludidos realiza además de su propia función las otras restantes pero de índole menor. Así, por ejemplo, el Congreso Nacional tiene facultades administrativas respecto de sus empleados o sancionatorias respecto de los legisladores por incumplimiento del reglamento de la Honorable Cámara.

1.2. Poder del Estado y formas de Estado

Aunque en otra parte de esta obra se ha tratado el tema, creemos necesario hacer algunas breves consideraciones acerca de este elemento del Estado que nos facilitarán abordar el tema de las formas de Estado.

Como ya se sabe, no basta para que exista un Estado con los elementos territorial y personal, sino además es necesario un poder que sea organizador de la vida en común en un espacio físico determinado. El poder constituye una potestad de imperio, de autoridad, que procura y si es necesario impone, el orden ineludible para el cumplimiento de determinados fines.

En efecto, el Estado, concebido como una institución-cuerpo, como un orden, es consecuencia del ejercicio del poder que se revela mediante la potestad o atribución de dictarse sus propias normas (derecho) y de establecer su forma de organización.

Esta organización implica no sólo el reconocimiento de un conjunto de derechos fundamentales sino también el establecimiento de ciertos órganos e instituciones que legítimamente ejercitarán tal poder. Los actos de gobierno, ejecutados por estos órganos o instituciones, implican el efectivo ejercicio del poder y revelan la voluntad del Estado.

En cuanto a las formas de Estado, este concepto padece de cierta ambigüedad cuando se lo relaciona con otras expresiones como formas de gobierno o formas políticas. Lo cierto es que la doctrina no es unánime a la hora de conceptualizar cada una de las expresiones y varía según los autores. No es intención en esta obra entrar en un fatigoso análisis de lo que dice cada uno de ellos.

Cuando se habla de formas de Estado, algunos autores como Posada [157] se refieren a la manera general de como éste se organiza, otros a cómo se articula interna y territorialmente una comunidad política, y otros al ejercicio del poder en plenitud o con modalidades particulares.

Lo relevante para nuestro estudio es considerar que la expresión formas de Estado hace referencia a la clasificación de los estados desde el punto de vista de la "distribución espacial" de la voluntad estatal sustentada en el ejercicio del poder.

Hay que destacar que existen múltiples fenómenos peculiares de organización estatal, lo cual no facilita una clasificación y autoriza a los distintos autores a establecer criterios diversos. Siguiendo a Hauriou [158], se habla de "Estados simples" para hacer referencia a aquellas unidades de máxima homogeneidad de territorio y de población y a la más perfecta unidad de poder. Esta estructura no admite su división interior en sectores que puedan llamarse estados. El poder central absorbe todas las fuerzas y energía locales, las ejercita y deja sin vida propia a los otros organismos territoriales que forman el Estado. Según el autor francés, un Estado simple (unitario) que se asiente sobre una auténtica Nación constituye una comunidad política eficaz, vigorosa y robusta.

Los "Estados compuestos" son justamente lo contrario y revelan no ya sencillez en sus rasgos, sino una cierta complicación. El ejercicio del poder se encuentra desmembrado y la atribución de funciones que revelan la voluntad estatal se encuentra distribuida de acuerdo con el modelo establecido. Constituyen las denominada "uniones de Estados".

Entre las formas de Estado más típicas consideradas por la doctrina encontramos:

1.2.1. Estado confederal

Es la unión permanente de Estados independientes con el fin de protección (exterior) y de paz (interior), sin perjuicio de que puedan agregarse otros fines. En este modelo, la unión no obsta a la soberanía de los Estados miembros y el poder de la confederación sólo se ejerce sobre los órganos de los Estados confederados y no sobre los ciudadanos particulares de estos últimos.

El pacto por el cual constituyeron la confederación puede romperse y, por lo tanto, cada uno de los Estados tiene el derecho de secesión. La historia arroja como resultado que las confederaciones tienen una vida precaria, desapareciendo casi siempre y dejando paso a Estados federales. A título de ejemplo podemos citar la Confederación Suiza desde 1815 a 1848. Es necesario destacar que no basta con que la Constitución tipifique la organización como una confederación, como ocurre con la "Confederación Helvética" [159] que, desde 1848, constituye un Estado federal.

[157] POSADA, A., *Tratado de derecho político*, 4ª ed., Madrid, 1929, p. 126.

[158] HAURIOU, André, *Principios de derecho público y constitucional*, Reus, Madrid, 1927, p. 314.

[159] *Leyes constitucionales*, Taurus, p. 63.

1.2.2. Estado federal

Integrado a su vez por Estados miembros que carecen del derecho de secesión, es aquella organización donde sólo el Estado federal es el titular de la soberanía. La norma vinculatoria es la Constitución que reconoce los principios básicos de organización común y las relaciones de los estados miembros con el Estado federal. Es característico que la ley fundamental fije, con mayor o menor precisión, la distribución de competencias, contemplándose la competencia exclusiva de los órganos federales, la de los territoriales y la compartida por ambos.

En el caso del reconocimiento de comunidades autónomas en la organización federal, por ejemplo, en el Estado español, la norma fundamental y otras leyes prevén el sistema de relaciones entre la administración central y las comunidades autónomas, y los medios para ejercer el control por parte del poder central, de los órganos de autogobierno de la administración local.

La expresión "Estado federal" nace en Alemania en tiempos de la Confederación Renana (*Bundestaat*). Sin embargo, la primera manifestación histórica del Estado federal típico es la Constitución norteamericana de 1787. Luego, se fueron implantando tanto en Europa como en América y, durante el siglo XIX, se establecieron los estados federales de Suiza (constituciones de 1848 y 1874), Argentina (1853), Alemania (1871), Brasil y México, a título de ejemplos.

1.2.3. El Estado unitario

En palabras de Ranelletti [160] esta forma es la que más se acerca a la idea del Estado, porque implica que bajo un solo poder un pueblo se organiza en un solo territorio. Este modelo se caracteriza por la centralización política, cuya consecuencia es que la producción normativa está reservada a los órganos centrales, por ser ésta competencia natural y exclusiva del Estado central. Si existen órganos locales su facultad sólo se extiende a la ejecución de la actividad estatal. El ejemplo que podemos citar como modelo unitario, aunque con matices, es Bélgica.

1.3. El gobierno: teoría del gobierno

Cuando se aborda el estudio y los problemas de la organización estatal aparece la necesidad de definir qué es gobierno, y la relación que existe entre este concepto y el de Estado. En doctrina hay autores que afirman que son dos conceptos distintos y otros que niegan tal aseveración.

[160] RANELETTI, *Instituciones de derecho público. El nuevo derecho público italiano*, 3ª ed., cap. II.

Siguiendo a Laski [161]: "Todas las instituciones han de actuar valiéndose de personas; por tanto, el Estado necesita un conjunto de hombres que ejerzan en su nombre la autoridad coercitiva suprema de que aquél dispone; y a ese conjunto de hombres es a lo que llamamos el gobierno del Estado...".

Esta definición implica considerar al gobierno como un agente del Estado, que existe para realizar los fines de éste. El autor citado afirma: "...es sencillamente (el gobierno) un mecanismo de administración que da efectividad a los propósitos de ese poder...".

No obstante lo expuesto, y aunque parecería que claramente se han trazado los rasgos definitorios indudables, el autor expresa que la distinción entre Estado y gobierno responde a una necesidad teórica y no práctica, puesto que no es concebible acto alguno del Estado, que no sea un acto del gobierno.

Lo que interesa destacar, a los efectos de nuestro estudio, es que el Estado es algo más que el gobierno y que la distinción de ambos conceptos tiene una singular importancia y se justifica por distintas razones. Entre otras, porque el Estado no dispone de otro instrumento que el gobierno para realizar cualquier actividad; porque el gobierno comprende a un conjunto de elementos que permiten actuar al pueblo organizado, a la comunidad política, al Estado, y porque el gobierno es una parte o un aspecto del Estado.

En tal sentido, es necesario, entonces, enunciar las distintas acepciones del término gobierno aceptadas, sea tanto por la doctrina como por el uso vulgar:

1. Es la estructura que resulta de una especial relación en que se hallan los poderes del Estado. En este sentido, puede hablarse de "gobierno presidencialista", "gobierno parlamentario" o "gobierno semiparlamentario".

2. Es el conjunto de instituciones que constituyen la forma de organización de un Estado. Cabe hablar de "gobiernos republicanos", "gobiernos monárquicos" o "gobiernos aristocráticos".

3. Denominación del Poder Ejecutivo del Estado o más concretamente del gabinete que rige en determinado momento. Así se usa la expresión "gobierno conservador".

Si consideramos que el gobierno es un concepto complejo que comprende toda la estructura de órganos, todo el conjunto de instituciones y toda la serie de servicios y funciones en que se desenvuelve la existencia del Estado en cada instante de su actividad, cualquiera de las tres acepciones a las que hemos hecho referencia, resulta insatisfactoria. Y esto es así, porque sólo representan una parte de lo que el gobierno, en su genuina significación, abarca.

[161] LASKI, Harold, *El Estado*, trad. de S. Bartó, Bosch, Barcelona, 1932, cap. 1.

Posada, refiriéndose al concepto de gobierno, lo caracteriza como "la organización específica del poder constituido en y por el Estado y al servicio del Estado", mientras que define al Estado como "la persona real colectiva de la sociedad política, en la función del derecho, y sujeto activo de la soberanía".

En la idea de gobierno de este autor aparece un aspecto muy importante que es el de concebir al Estado como una organización y al gobierno como una consecuencia de ésta.

En efecto, la organización, consecuencia del poder, es una estructura concreta que permite que cooperen con unidad los individuos y grupos componentes de un todo mediante relaciones de supraordenación, de subordinación y de coordinación. Tal organización implica que el gobierno es sólo una parte o un aspecto del Estado.

Para concluir, el Estado, sujeto de la soberanía, está integrado por la población, el territorio y el "poder", comprendiendo este último al "gobierno".

Hemos afirmado que Estado y gobierno no son conceptos idénticos, equivalentes. Ahora bien, si consideramos que el gobierno es quien actúa en nombre de la comunidad estatal, nos podemos preguntar en qué concepto realiza tal actuación y cuál es la relación que existe entre ambos.

Dos teorías son las que intentan dar respuesta a estas cuestiones: la teoría de la representación y la teoría del órgano. La primera tuvo vigencia por bastante tiempo y supone un dualismo de voluntades y de sujetos. Por un lado, la voluntad del representante que es la que se exterioriza físicamente y, por el otro, la voluntad del representado, que se supone declarada por el representante. También se requiere la existencia de un tercero para trabar la relación jurídica. Entre sus expositores se encuentran Schmitt y Leibholz [162]. Si bien esta teoría ha realizado aportaciones valiosas como la consideración de que no hay órgano del gobierno que no actúe en representación de la comunidad, no pudo dar respuesta a situaciones complejas de la actividad gubernativa.

La teoría del órgano, expuesta principalmente por Gierke y aplicada al derecho público por Jellinek [163], no supone un dualismo de voluntades, la del representante y la del representado, sino que expresa un criterio de unidad: el Estado sólo existe a través de sus órganos que expresan su voluntad. Podemos apreciar que no hay, entonces, una voluntad del órgano y otra de la organización. Es el Estado quien actúa en el ámbito de las relaciones jurídicas.

[162] Autores citados por PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de derecho político*, Civitas, Madrid, 1976, cap. XIX.

[163] JELLINEK, Georg, *Teoría del Estado*, t. II, trad. de F. de los Ríos, ps. 168/169.

Se distinguen así distintos tipos de órganos según sus caracteres:

Directos e indirectos: los primeros son aquellos previstos en la Constitución que declaran inmediatamente la voluntad del Estado, y su carencia o desaparición produce como efecto la desorganización de la comunidad. Los segundos son aquellos que declaran la voluntad del Estado mediatamente, y suelen ser designados o creados por los órganos directos.

Unipersonales o colegiados: surge la distinción en cuanto a su integración, los primeros compuestos por una persona física mientras que los segundos son grupos, corporaciones o juntas.

Primarios o secundarios: según la emisión de la voluntad, serán primarios aquellos cuya declaración vale por sí misma, mientras que los secundarios vienen a constituir órganos de otros órganos primarios que declaran su voluntad.

La teoría del órgano permite despersonalizar la relación jurídica, descartando la nota personal que tiene la teoría de la representación.

1.4. Formas de gobierno. Teorías clásicas, modernas y contemporáneas

Anteriormente nos hemos referido a los problemas de interpretación de la expresión formas de gobierno. Es posible que la dificultad de precisar su significado radique en que en distintos contextos se lo utiliza, tanto en la doctrina como en el uso ordinario, con un significado sinónimo al de régimen político o forma política.

La expresión forma política parece ser más amplia y englobar los conceptos de forma de gobierno y de Estado y, con esta concepción, Posada clasifica genéricamente distintos regímenes políticos.

Para el objeto de nuestro estudio, forma de gobierno constituye una expresión que se refiere a la distribución de los órganos políticos capaces de manifestar la voluntad del Estado.

Afirma Smend [164] que el estudio de las formas de gobierno constituye un problema capital de la ciencia política. Esta preocupación no es exclusiva de los autores modernos sino que el tema ha sido tratado por todos los grandes filósofos de la historia.

La razón radicaría en que, de ser posible una sistematización de las formas de gobierno de acuerdo con sus rasgos distintivos, será posible luego valorar los respectivos méritos de cada una de ellas y, por lo tanto, lograr el propósito de identificar la mejor.

[164] SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

Esto también permitiría a los cientistas políticos ponderar los antecedentes de hechos relevantes de cada una de ellas y diseñar modelos políticos ideales brindando así la posibilidad de constituir sistemas superiores a los ya conocidos.

1.4.1. Teorías clásicas

1.4.1.1. La doctrina de Aristóteles

Virtualmente es la más conocida y aquella que ha sido tenida en cuenta por toda la doctrina. Sin embargo, merece destacarse que buena parte de su aportación se debe a autores que lo precedieron, principalmente a Platón. Es este autor, en su obra *La república* [165], donde reflexiona sobre las formas de gobierno y examina la naturaleza de la *politeia* recta y justa. No identifica un rasgo determinante que permita caracterizar a las distintas formas de gobierno: sin embargo, distingue:

a) La forma "justa", constituida por la *polis* ideal, organización institucional perfecta que puede dar lugar a la monarquía o a la aristocracia.

b) La formas "injustas" o imperfectas de gobierno que son la timocracia, la oligarquía, la tiranía y la democracia.

En cuanto a la mejor forma de gobierno, afirma que la república es aquella en la que cada uno hace lo suyo de acuerdo con su propia virtud, lo que establece un régimen de equidad y de justicia.

Con posterioridad, en *El político*, determina un criterio para diferenciar los gobiernos, según sus actos sean conformes a las leyes ("según leyes") o en contra de ellas ("contra las leyes") y, además, reconoce que es muy difícil realizar la *politeia* recta y justa.

La tesis aristotélica [166] nos permite claramente apreciar una circunstancia fundamental y es que los Estados se clasifican no atendiendo a circunstancias extrínsecas, sino teniendo en cuenta su misma Constitución, su organización.

Desde esta óptica, dos son los puntos de vista que tiene en cuenta el sabio estagirita: por un lado, el número de personas que ejercen el gobierno, criterio formal y aritmético y, por el otro, las cualidades éticas que animan a los gobernantes en su acciones, criterio teleológico, cuyo objeto es valorar la finalidad con que actúan.

De cada uno de estos puntos de vista, de su relación y de las desviaciones que sufran, resultará un sistema completo de formas normales y degenerativas de gobierno.

[165] PLATÓN, *La república*, libro VIII.

[166] ARISTÓTELES, *La política*, cit., libro IV, cap. II.

Teniendo en cuenta el número de personas, un gobierno puede ejercerlo una persona, un conjunto de personas (unos pocos), o muchos. Si reparamos en la finalidad, en el punto de vista teleológico, puede un gobierno preocuparse por el bien común, por el provecho egoísta de los gobernantes, o por el de una clase social. En tal sentido, calificaremos de forma pura de gobierno aquella en que prevalece el móvil del bien común, mientras que impura aquella en la que existe un objetivo mezquino e interesado.

Habrá, entonces, tres formas puras de gobierno: monarquía o el gobierno de uno; aristocracia o el gobierno de los mejores; y poliarquía (democracia) o el gobierno de muchos. Degenerarán tales formas (por los móviles mezquinos o interesados) en tiranía, oligarquía y demagogia.

Hay que tener en cuenta que, en el régimen político ateniense, el término democracia tenía un sentido peyorativo, de allí que Aristóteles se resistiera a incluirlo en sus escritos. Se dice que el vocablo se utilizaba incorrectamente tanto para referirse al pueblo como conjunto social como al conjunto de desposeídos.

Lo que hay que resaltar es que esta clasificación es tomada en cuenta por toda la doctrina moderna y contemporánea.

1.4.1.2. Las formas mixtas

Aunque Aristóteles ya lo advirtiera, es Polibio quien repara en la combinación de distintas formas de gobierno. Cicerón, aunque manifestando su preferencia por la monarquía, considera que es mejor un gobierno que reúna proporcionalmente lo mejor de las tres formas explicadas.

Santo Tomás de Aquino en la *Summa Teologica* también defiende la monarquía, aunque advierte los riesgos de un gobierno tiránico. Por ello, entiende como deseable un régimen donde todos tengan alguna participación en los negocios públicos. Esboza un sistema en el cual, siendo el jefe del Estado el que manda según la ley de la virtud y un conjunto de magistrados los que colaboren inspirados en la misma ley, los ciudadanos deben participar e intervenir como electores y elegibles. Éste constituiría un sistema "mixto" identificado con la república.

No obstante recoger el aquitense la clasificación aristotélica de formas de gobierno puras e impuras (justas e injustas), el criterio distintivo para caracterizarlas lo constituye el o los principios que animan a los gobernantes en sus acciones. Así, en la monarquía primarían los principios de la unidad y la virtud, en la aristocracia, la virtud y la justicia distributiva, y en la democracia, la libertad. Por otro lado, en la tiranía los principios que animarían el gobierno serían el egoísmo y la violencia, y en la oligarquía, la riqueza.

En la misma línea, los padres Mariana y Suárez preconizan que todos los ciudadanos puedan participar en la cosa pública.

1.4.2. Edad moderna [167]

1.4.2.1. Nicolás Maquiavelo

Tenemos que referirnos al ilustre secretario florentino que, no obstante reconocer la división tripartita de gobierno, su legado en este orden es la reducción de la clasificación a sólo dos de ellas, la monarquía y la república.

Según afirma, los Estados siempre entran en una u otra categoría; "todos los Estados, todos los dominios que han tenido y tienen imperio sobre los hombres, han sido y son o repúblicas o principados". Clasifica a los principados en hereditarios, mixtos o nuevos, según su modo de adquisición.

En cuanto al gobierno republicano, distingue entre gobierno aristocrático *(stato d'ottimati)* y gobierno democrático *(stato popolare)*; y con referencia a las formas impuras, corrompidas, habla del *stato licenzioso* (olocracia), *stato tirannico* y *stato di pochi* (oligarquía).

1.4.2.2. Montesquieu

El autor de *El espíritu de las leyes*, en cuanto a las formas de gobierno, tiene un punto de vista original ya que rompe con la dicotomía de Maquiavelo y no repara tampoco en la tríada clásica a la que nos hemos referido. Reconoce tres formas:

1. La monarquía, entendida como el gobierno ejercido por una sola persona, a través de leyes fijas, estables y en donde ciertos sectores, cuerpos o poderes intermedios ejercen influencias que la determinan a cumplir con las normas mencionadas. La nobleza, el clero, las ciudades y los parlamentos integran estos cuerpos, sectores o poderes.

2. La república es aquella organización en la cual la soberanía ya no recae en una sola persona, el rey, y puede clasificarse en:

2.1. República democrática, donde el gobierno lo ejerce el pueblo en general a través de órganos como la asamblea de ciudadanos y todos los actos que se realizan están animados por el interés general.

2.2. República aristocrática es aquella organización en la que el gobierno es ejercido por un grupo de personas reducido, dispuesto a obedecer y a hacer obedecer a los demás destinatarios sus propias leyes.

3. El despotismo se caracteriza por ejercerse sin leyes ni reglas, por una sola persona que somete a su voluntad y capricho el destino de la comunidad en general.

Esta clasificación ha tenido poca aceptación en la doctrina y se la ha criticado porque coloca al mismo nivel las formas puras e impuras esbozadas por las teorías clásicas.

[167] En el caso de los autores que se citan a continuación, sus obras son objeto de estudio, más adelante, en este libro.

El autor francés también ha reconocido los principios que animan a cada una de las formas de gobierno. Así, ha visto que la monarquía se funda en el honor, la república democrática en la virtud, la aristocrática en la moderación, y el despotismo en el miedo. También han sido muy criticadas tales afirmaciones puesto que, según Izaga, carecen de solidez científica.

1.4.2.3. Juan Jacobo Rousseau

En su obra *El contrato social* trata con profundidad el tema en el libro III. Afirma el autor que el antecedente a tener en cuenta para hacer una clasificación de las formas de gobierno es el "órgano" que ejerce el Poder Ejecutivo, reparando específicamente en el número de personas encargadas de ejecutar las leyes, de ejercer el gobierno.

Reconoce como formas legítimas a aquellas que se basan, se asientan, en el principio de la soberanía del pueblo. Éstas son la monarquía, la aristocracia y la democracia, siendo la primera aquella en la que sólo un ciudadano ejerce el poder, la segunda donde un grupo reducido de ciudadanos lo detentan y, finalmente, todos o la mayoría en una democracia.

Dentro de la aristocracia, distingue a su vez la representativa, la natural y la hereditaria, según el acto legitimador por el cual se acceda al poder. La primera de ellas se asemeja a la forma actual de "democracia representativa".

Deben destacarse finalmente dos cuestiones importantes en el pensamiento del ginebrino:

a) Al referirse al ejercicio del Poder Legislativo señala que, cualquiera sea la forma legítima de gobierno por la que se opte, le compete sólo y con exclusividad al pueblo.

b) La soberanía popular es un principio común a cualquiera de las tres formas de gobierno y por lo tanto, en su lenguaje, "democracia" y "soberanía del pueblo" no se identifican.

Otro autor, Jellinek [168], parte de la distinción entre monarquía y república y, luego, realiza una larga clasificación; advirtiendo en cada una de las formas múltiples subespecies. Así, la monarquía puede ser hereditaria o electiva, y hallarse limitada (por una Constitución, por el régimen parlamentario) o tener potestad absoluta para ejercer el poder discrecionalmente, sin límite alguno. Por otro lado, las repúblicas pueden ser democracias representativas, democracias puras (participación de todos) o de tipo intermedio; y tener caracteres corporativo, oligocrático, aristocrático o democrático.

168 JELLINEK, Georg, *Teoría...*, cit.

1.4.3. Posiciones contemporáneas

Para identificar las posiciones actuales en la doctrina se utiliza el término "relativistas", para referirse a aquellas teorías sobre las formas de gobierno que, en general, descreen de los modelos rígidos clásicos, toman en cuenta aspectos que fueron desconocidos hasta el presente, y examinan atentamente la realidad social de una comunidad.

Rudolf Smend [169] sostiene que las distintas formas de gobierno son tipos o manifestaciones de los diversos sistemas de integración que se dan en una comunidad. Por ello, reprocha a los autores en general, y a los clásicos en particular, reparar sólo en los aspectos estáticos para hacer tales clasificaciones, olvidando que la comunidad política es un fenómeno complejo que resulta de una integración sucesiva y constante de fenómenos sociales. El Estado, entonces, como producto de esa integración, de un ir haciéndose realidad e individualidad no puede clasificarse, según su forma de gobierno, de acuerdo con rasgos externos como los que hemos indicado.

Propone ahondar en la esencia del Estado, y si bien la monarquía se caracteriza por un mundo de valores y principios que la legitiman, la república no debe identificarse como la no-monarquía, puesto que significa renunciar a identificar su esencia política. Por ello, propugna avanzar sobre un concepto más rico el de democracia, que debe definirse teniendo en cuenta todos y cada uno de los elementos del contexto social en que se desarrolla.

Hermann Heller [170] admite como formas típicas y antagónicas la democracia y la aristocracia. En la primera, la organización del Estado es de abajo hacia arriba, detentando la soberanía el pueblo; mientras que en la segunda la organización es justamente a la inversa, de arriba hacia abajo, siendo soberano quien ejerce el poder.

También resalta dos ideas importantes. Una que postula que aun el poder más despótico, el monarca más absoluto, necesita de colaboradores para llevar a cabo su tarea de sometimiento y, por lo tanto, el poder es compartido en alguna medida. La otra es que en todo sistema político el ejercicio del poder está sometido, en general, al arbitrio de una minoría, lo cual contradice el sistema democrático.

2. Denominaciones oficiales del Estado argentino

El art. 35 fue introducido en la reforma de 1860 y tuvo que ver con el intento de la Convención *ad hoc* de Buenos Aires por superar la denominación Confederación Argentina que sostuvo la Constitución originaria de

169 SMEND, Rudolf, *Constitución...*, cit.

170 HELLER, Hermann, *Teoría...*, cit.

1853. En esa oportunidad Vélez Sarsfield y Sarmiento propugnaron volver a la denominación de Provincias Unidas del Río de la Plata que fue la de los primeros gobiernos patrios, de la Asamblea de 1813 y del Congreso de 1816, a tal punto que el propio Vélez Sarsfield calificó a esta última denominación como "nombre legítimo" y "nombre de honor".

Lo cierto es que la denominación Confederación Argentina provocaba recelos y resistencias por ser el título utilizado en la época de Rosas con carácter marcadamente sectario para identificar a los miembros de la federación, Urquiza mantuvo la denominación, a pesar de que, como ha señalado Agustín de Vedia, no era un nombre apropiado porque no se trataba de designar a una agrupación de estados independientes sino a la unidad nacional.

Bien ha señalado Montes de Oca que el texto constitucional simboliza una transacción para la pacificación de la lucha fraticida entre los partidos unitario y federal, que habían combatido con feroz crueldad y encarnizamiento durante largas décadas, ensangrentando el suelo patrio [171].

Finalmente, la Convención buscó una solución transaccional y aceptó los dos nombres históricos, agregando el de República Argentina que resultaría el más usual y frecuente. La fórmula utilizada para la sanción de las leyes será la de Nación Argentina, expresión que refleja la unidad entre Buenos Aires y la Confederación, alcanzada después de Cepeda y Pavón y que era aún un deseo más que una realidad. En rigor, la Nación como tal se consolidaría a partir de 1880, una vez resuelta la llamada "cuestión capital".

3. Sostenimiento del culto católico, apostólico, romano

La relativa preeminencia de la religión católica, apostólica y romana que surge del art. 2°, CN obedece a razones históricas y a ser el culto sostenido por la mayoría de la población, pero no a la intención de preeminencia de una creencia religiosa sobre las otras; afortunadamente, las luchas religiosas o la intolerancia no han ocupado lugar en la historia de la República Argentina, y si bien existieron algunas normas como el art. 74, anterior a la reforma de 1944, que exigía la condición de católico para ser presidente, tales casos deben analizarse con el rigor histórico correspondiente, atendiendo a la época en que fueron dictados y contemplando que la reforma constitucional los adecuó a los nuevos tiempos.

El tema de la confesionalidad del Estado ocupó un papel central en los debates constitucionales de 1853 y 1860. El proyecto de Constitución que elaborara Juan Bautista Alberdi proponía al catolicismo como religión de Estado en el art. 3°: "La Confederación adopta y sostiene el culto católico y

[171] MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones...*, cit., t. I, 1902, ps. 506 y ss.

garantiza la libertad de los demás" [172], y como fundamentación de este principio señalaba, entre otros conceptos, que era recomendable "mantener y proteger la religión de nuestros padres, como la primera necesidad de nuestro orden social y político; pero debe protegerla por la libertad, por la tolerancia y por todos los medios que son peculiares y propios del régimen democrático y liberal, y no como el antiguo derecho indiano por prohibiciones y exclusiones de otros cultos cristianos". Entendía así que era necesario "consagrar al catolicismo como religión de Estado, pero sin excluir el ejercicio público de los otros cultos cristianos", ya que la "libertad religiosa es tan necesaria al país como la misma religión católica. Lejos de ser inconciliables se necesitan y complementan mutuamente. La libertad religiosa es el medio de poblar estos países. La religión católica es el medio de educar estas poblaciones" [173].

La cuestión, como señalamos, fue central en los debates correspondientes, a cuya lectura nos remitimos y finalmente el art. 2° quedó redactado en los términos que actualmente conocemos: "El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano", fórmula que limita tal sostenimiento a un aporte económico.

La no confesionalidad del Estado fue defendida por destacados constituyentes que subrayaron la importancia de defender la libertad de conciencia y la libertad de religión como una expresión de la misma.

Así Sarmiento sostuvo que "la libertad de la conciencia es la base de todas las otras libertades, la base de la sociedad y de la religión misma".

El convencional Roque Pérez afirmó "que la idea de determinar una religión dominante no debe ser sostenida en parte alguna en que se quiera establecer la libertad de conciencia".

Vélez Sarsfield explicó luego las razones por las cuales no reputaba a ese artículo como materia constitucional, tesis que fue apoyada por Gutiérrez, diciendo que "la Constitución no puede referirse sino al deslinde de los poderes públicos y a las garantías que acuerda a los derechos del ciudadano: *la religión es materia de conciencia y la conciencia no puede estar jamás bajo el imperio de la ley*" [174].

Nuestra Corte Suprema ha establecido "...que el art. 2° de la Constitución, respondiendo a una necesidad impuesta por las costumbres de la sociedad y por las tradiciones legislativas consignadas en repetidos estatutos anteriores, establece que el gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico, romano".

[172] ALBERDI, Juan B., *Bases*, en *Obras selectas*, W. M. Jackson, Buenos Aires, cap. XVIII, ps. 109/112. Con el pensamiento fijo en la necesidad de atraer al inmigrante, decía Alberdi: "Si queréis pobladores morales y religiosos, no fomentéis el ateísmo. Si queréis familias que formen las costumbres privadas, respetad su altar a cada creencia".

[173] ALBERDI, Juan B., *Bases*, cit.

[174] *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires*, ps. 296/317.

Y porque no todos los habitantes del país, ni todos los ciudadanos eran católicos, ni el hecho de pertenecer a la comunión católica había sido jamás para nuestras leyes un requisito para obtener la ciudadanía (1852-1854, sesiones del 21 de abril de 1853), la Constitución del año 1854 desechó la proposición de que el catolicismo fuera declarado la religión del Estado y la única verdadera, arribándose como solución transaccional la fórmula del art. 2° cuyo alcance no es otro que el emergente de su texto: "los gastos del culto serán pagados por el Tesoro nacional, incluidos en su presupuesto y sometidos por consiguiente al poder del Congreso (J. V. González, p. 142; González Calderón, II, p. 55) y que la Iglesia como entidad de derecho público reconocida por la Nación, puesto que políticamente ninguna autoridad sobre las personas debe existir en ella superior o extraña a su gobierno, no pueden pretender otras exenciones o privilegios que aquellos que les hayan sido expresamente acordados" [175].

4. Capitalización de Buenos Aires

No pasa inadvertido que la importancia de la ciudad de Buenos Aires y su protagonismo en la historia nacional supera la coyuntura de ser capital de la República. La importancia creciente del puerto en el siglo XIX no sólo la hizo receptora de las ideas emancipadoras de "la nueva y gloriosa Nación", sino que su importancia comercial y económica cada vez más gravitante la transformó en centro de disputas: Tanto para los unitarios como para los federales, el Puerto y la Aduana de Buenos Aires revistieron un papel central en el diseño de las nuevas Provincias Unidas. Después de la batalla de Caseros, concluida la vigencia del Pacto Federal de 1831 y de las "Ordenanzas de Aduana" de Juan Manuel de Rosas, los esfuerzos de la Confederación se dirigieron a atraer a Buenos Aires, la única ausente del Acuerdo de San Nicolás y de la Constitución de 1853, al seno fraterno de la Nación, junto a las demás provincias. El Pacto de San José de Flores, firmado el 11 de noviembre de 1859, a mitad de camino entre Cepeda y Pavón, tuvo el carácter de tratado internacional entre dos Estados soberanos: la Confederación Argentina y la Ciudad de Buenos Aires. Surgió allí el compromiso de adoptar definitivamente la Constitución de 1853 con las reformas que en 1860 propuso Buenos Aires. Un punto central del acuerdo fue la "cuestión capital".

[175] Ver Corte Sup., 18/7/1928, "Gabriel José Didier Desbarats", Fallos 151:410. En el caso "Rosa Melo de Cané", 16/12/1911, Fallos 115:1359, estableció la Corte "que el art. 2°, CN, al declarar que el gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico, romano, no impide que la Iglesia pueda ser sometida como persona jurídica al pago de las contribuciones comunes sobre los bienes que posea o reciba como persona jurídica, al igual de otras personas de la misma clase y no con ocasión o motivo de actos del culto".

De tal modo la Constitución Nacional reformada en 1860, resolvió la siguiente redacción para el art. 3°, que mantuvo —y mantiene— el carácter de una norma "abierta":

"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". Es de destacar que la redacción del art. 3° se mantiene no obstante haberse resuelto la "cuestión capital" en 1880. Esto se ha debido, en gran parte, a que la reforma constitucional de mayor amplitud que se ha realizado sobre el texto originario fue la de 1994, donde no se produjeron modificaciones a la primera parte de la Constitución Nacional por expresa prohibición de la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma.

Se estableció una situación transitoria por la que las autoridades nacionales gobernaban desde la ciudad de Buenos Aires en carácter de virtuales "huéspedes". Se recuerda una anécdota en la que el presidente Nicolás Avellaneda les señaló, a unos ocasionales visitantes que fueron a pedirle ayuda, el vigilante de la esquina de la casa de gobierno, indicándoles que el presidente de la Nación no tenía ninguna autoridad directa sobre el mismo. Fue precisamente en tiempos de Avellaneda en que la crisis estalló ante la rebelión de las fuerzas provinciales bonaerenses encabezadas por el gobernador Carlos Tejedor, obligando al gobierno federal a refugiarse en el entonces vecino pueblo de Belgrano (actualmente barrio). Una vez obtenido el triunfo por las fuerzas nacionales, se consolida definitivamente la República con la cesión del territorio de la Capital Federal por parte de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, a través de le la ley 1029 del 21/9/1880. Mediante la misma, la provincia se reservó el Banco de la Provincia y el Banco Hipotecario, además de otros bienes, cediendo el municipio de Buenos Aires, con sus límites de entonces y sus edificios públicos (art. 1°, ley 1029). Siete años después, la ley 2089, sancionada el 28/9/1887 y promulgada el 29 de septiembre del mismo año, dispuso que los partidos de Flores y Belgrano quedaban comprendidos en el municipio de la Capital Federal, conforme la cesión hecha por la provincia de Buenos Aires el 28 del mismo mes.

De las leyes mencionadas 1029 y 2089 y de las circunstancias históricas que las rodearon, se desprende una situación que no debe perderse de vista y ésta es que la provincia de Buenos Aires oportunamente cedió los territorios de la actual ciudad de Buenos Aires, con el fin exclusivo de que fuera Capital de la República y, por tal motivo, ese territorio fue federalizado. El art. 8°, ley 1029 señalaba: "Esta ley sólo regirá una vez que la Legislatura de Buenos Aires haya hecho la cesión competente prestando conformidad a sus cláusulas, con arreglo a lo dispuesto en el art. 3°, CN".

La cuestión que de allí resulta es que el *status* de Buenos Aires como Capital de la República, surge de una cesión a ese efecto realizada por la provincia de Buenos Aires. Esto explica, en parte, la circunstancia de que el constituyente de 1994 le haya otorgado una autonomía que se ubica en un grado "intermedio" entre los municipios autónomos y las provincias, sin llegar a identificarla plenamente con las últimas. Ocurre que la Constitución también ha dejado abierta la posibilidad de que otra ciudad pasara a ser la Capital. Ha habido otros proyectos en el pasado (Fraile Muerto —o Bell Ville— en Córdoba; Rosario y Viedma-Carmen de Patagones, etc.). Si esto ocurriera (la ley 23.512 está vigente) Buenos Aires conservaría sus senadores y su gobierno autónomo porque así surge de la reforma constitucional de 1994. La pregunta que cabe hacerse es si la provincia de Buenos Aires no tendría argumentos históricos para oponerse a esa autonomía desprendida de la condición de Capital Federal. Desde el punto de vista jurídico creemos que no cabría la posibilidad de tal oposición conforme a la letra de la Constitución Nacional y que, en todo caso, la Convención Constituyente de 1994 debió ser la oportunidad para que la provincia de Buenos Aires planteara tales objeciones; aunque cabe reconocer que desde el punto de vista histórico la polémica queda abierta.

Buenos Aires tiene un protagonismo que va más allá de ser "la reina del Plata" o la "cuna del tango". Amada y odiada, criticada y elogiada, no pocas veces la polémica se ha centrado en "Buenos Aires y el interior" o, de otro modo, entre "porteños y provincianos". La "París de América del Sur", por forma de definir a la más europea de sus ciudades, ha sido también vista, con recelo, como la más ajena o la menos latinoamericana, desde el reproche, a veces cierto y a veces incierto. Y esto no es sólo de ahora, sino que viene desde lejos, cuando las ideas emancipadoras, plenas de iluminismo racionalista, se identificaron con el partido unitario, con Buenos Aires como centro. Para ellos la realidad no era pensable de otro modo y sólo treinta sangrientos años de luchas civiles pudieron lograr la síntesis que pusiera la Nación en marcha.

La Nación creció orgullosamente sobre finales del siglo XIX y Buenos Aires fue su vidriera más reluciente. El modelo agroexportador concebido por la Generación del 80, volcó sobre la gran capital del Plata las líneas ferroviarias, los caminos, las riquezas de la Pampa húmeda, concentrando sobre ella muchos años de inversión cimentados sobre el esfuerzo del país, aun cuando bien es cierto que también Buenos Aires y su riqueza contribuyeron con el país. Las cosas fueron haciendo que por diversas razones las migraciones urbanas confluyeran sobre los alrededores de la gran capital para conformar un país con cabeza de león y cuerpo flaco. El crecimiento de Buenos Aires, la inversión del país en ella, su esplendor cultural y muchas otras razones justifican entender que la autonomía de Buenos Aires, al aparecer como un reclamo social, desde la gente, desde las bases mismas del modelo

de organización democrática, está expresando la madurez democrática que toda la Nación ha alcanzado a partir de la recuperación del Estado de Derecho en 1983.

La Constitución argentina se ha apartado de su modelo estadounidense al darle representación en el Senado a la Capital Federal, por razones obvias que surgen de su historia misma, donde la gran ciudad del Plata ha tenido mucho más relevancia que la pequeña aldea de Washington dentro de su historia nacional y por el peso político que, desde luego, Buenos Aires ha tenido y tiene en la Argentina.

5. Los recursos en el sistema federal

La terminología del art. 4°, CN, la cual ha quedado superada en los hechos. De tal manera, expresiones como "*renta de correos*" debiera extenderse a "*renta de las empresas del Estado federal*" y relativizar la mención de algunos rubros que hoy carecen de significancia, como, por ejemplo, la "*venta y locación de tierras públicas*".

La relación político-financiera de los estados provinciales con el Estado nacional —e igualmente la de aquéllos con los municipios— se encuentra en crisis; en esto sin duda influye la dependencia interna del grueso de las provincias argentinas a un centro privilegiado constituido por Buenos Aires, el cinturón industrial y la Pampa húmeda, que acumulan el 20% del territorio, casi el 80% de la riqueza nacional y el 70% de la inversión pública. Frente a esta realidad cabe recordar que no habrá federalismo político sin federalismo económico.

Las previsiones constitucionales en esta materia se encuentran totalmente subvertidas y cuestionadas. Las distintas leyes de coparticipación, sea para determinada época o para cada impuesto, sustrajeron el poder tributario que la Constitución estructuraba como facultad reservada por las provincias en concurrencia con la Nación. Una política de concentración del poder político y económico que tiene raíces en el propio pensamiento de Alberdi (que en su *Sistema económico y rentístico* expresaba: "Centralizar la renta, crear un Tesoro nacional, es precisamente lo que forma la obra de la unidad política de la República"), pero que se vio ampliado por obra de los gobiernos centrales, singularmente los instituidos por golpes de Estado, convirtió a las provincias en clientes del poder financiero concentrado en manos del gobierno nacional. Los gobernadores terminan por depender de la voluntad de un funcionario sin rango constitucional, como lo es el secretario de Hacienda.

Esta situación impone una reestructuración equilibrada y transparente del sistema impositivo. Son necesarias nuevas fórmulas que consoliden la recuperación de la República y permitan el crecimiento y desarrollo autóno-

mo de las provincias argentinas, dando vigencia real al federalismo. El régimen federal que adopta el art. 1° de la Constitución de 1853, admite la coexistencia de varios cuerpos políticos: La Nación, las provincias y los municipios, cada uno de los cuales necesita contar para su existencia con los recursos materiales correspondientes. El art. 121 de la Constitución preceptúa que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal, que incluye el de la amplitud de imposición dentro de su territorio, con excepción de los derechos al comercio o navegación interior o exterior (art. 75, inc. 13), de acuñación de moneda (art. 75, inc. 10), de aduana, tasas postales, etc. (art. 4°). Las facultades impositivas de las provincias son así, ilimitadas, mientras que las de la Nación son taxativas, aunque ambas cuentan con un poder fiscal originario que se expresa en distintos ámbitos de actuación.

Respecto de los municipios, su autonomía formal ha sido reconocida recientemente lo que introduce un factor de complicación a un panorama ya de por sí complejo (ver Corte Sup., 21/3/1989, "Rivademar, Ángela Martínez Galván de v. Municipalidad de la ciudad de Rosario", ED 28/6/1989) (art. 123, CN).

A partir de 1957, el constitucionalismo provincial dio un poderoso impulso para el reconocimiento de la autonomía municipal, al consagrarla en las nuevas Constituciones o reformas que se fueron sancionando. Tal es lo que surge de las Constituciones de las provincias: del Chubut (arts. 207, 208 y 210), de Río Negro (arts. 168 y 176), de Formosa (arts. 140 y 143), del Neuquén (arts. 182, 184 y 186), de Misiones (arts. 161 y 170), de Santiago del Estero (arts. 216 y 220), de San Juan (arts. 241 y 247), de Salta (arts. 164 y 168), de La Rioja (arts. 154 y 157), de Jujuy (art. 178), de Córdoba (arts. 180 y 181) y de San Luis (arts. 248 y 254). En igual sentido se orientó la reforma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

La Constitución de Córdoba, sancionada en 1987, reconoce la existencia del municipio como una comunidad natural fundada en la convivencia y asegura el régimen municipal basado en su autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional, otorgando a los municipios a los que la ley reconozca el carácter de ciudades, la facultad de dictarse sus propias Cartas Orgánicas. La Rioja en su Constitución, en su art. 154, obliga a todos los municipios a convocar a Convenciones.

Si realizamos un cuadro respecto del reparto de competencias tributarias entre la Nación y las provincias, tendremos el siguiente panorama:

5.1. Facultades impositivas del gobierno federal

1) Exclusivas, ejercidas en forma permanente: impuestos indirectos externos o aduaneros (de importación y exportación), tasas postales y derechos de tonelaje (arts. 4°, 9°, 75, incs. 1° y 9°, y 126, CN).

2) Concurrentes con las provincias y que ejerce en forma permanente: impuestos indirectos internos al consumo, a las ventas al detalle (arts. 4° y 75, inc. 2°, CN).

3) De carácter transitorio: impuestos directos que pueden ser exclusivos o superponerse con otro provincial (art. 75, inc. 2°, CN).

5.2. Facultades impositivas de las provincias

1) Exclusivos y que se ejercen en forma permanente: impuestos directos (arts. 124 y 126, CN).

2) Concurrentes con la Nación y en forma permanente: impuestos indirectos internos (arts. 124 y 126, CN).

La doctrina nacional, en su mayoría, estableció que la enumeración del art. 4° de la Constitución era meramente ejemplificativa y debía ser armonizada con lo que dispone el inc. 2° del art. 75 que autoriza el establecimiento de contribuciones indirectas, conforme a su espíritu y a los fines del Estado. Así se desarrolló el fenómeno de la doble imposición y su consecuencia, los conflictos jurisdiccionales. La Corte Suprema, tratando de solucionar el problema de la múltiple imposición, sostuvo que las provincias no podrían gravar los productos sobre los cuales hubiera ejercido el gobierno federal sus atribuciones impositivas. Posteriormente, la ley 12.139 estableció la unificación de los impuestos internos fundando, como lo señala Bidart Campos, el poder impositivo casi total del Estado federal.

La jurisprudencia del más Alto Tribunal, para fundamentar la múltiple imposición elaboró la teoría de los poderes concurrentes (Fallos 153:277), declarando que no es inconstitucional la doble imposición porque las provincias retienen el poder no delegado (art. 121) y la facultad de establecer impuestos internos no está prohibida por los arts. 108 o 109.

Respecto de la ley 12.139, en el caso "Compañía San Pablo v. Provincia de Tucumán", la Corte declaró que toda vez que lo atinente a las atribuciones provinciales en materia impositiva es de orden estrictamente constitucional, los plausibles acuerdos que puedan alcanzarse por leyes del tipo de la invocada, deben interpretarse restrictivamente. Se trata de atribuciones propias de los estados provinciales, cuya limitación no puede ser sino estrictamente excepcional. La teoría de los poderes concurrentes ha sido criticada muy sólidamente (ver Bielsa en sus obras *Derecho constitucional* y *Derecho administrativo*).

Sintetizando, nuestra Constitución estableció un sistema de independencia de fuentes a partir de los poderes reservados por las provincias (art. 121) juntamente con fuentes concurrentes entre ambos niveles de gobierno (arts. 4° y 75, inc. 2°). Deben añadirse recursos exclusivos del gobierno nacional, como la renta de aduanas y de correos. La actual ley de copar-

ticipación federal significó marcado progreso, consagrando importantes criterios para establecer un reparto más equitativo y racional de los recursos; pero más allá de esa solución, estimamos que los arduos problemas de distribución de las fuentes merecen que examinemos con mayor cercanía, los distintos sistemas de asignación de tributos que se conocen en el derecho comparado y que pueden resumirse en los tres siguientes: 1) Concurrencia de fuentes; 2) Separación de las fuentes y 3) Sistema de Unificación Tributaria.

La Constitución de Venezuela (art. 236) establece como competencia del poder nacional (inc. 8°), la organización, recaudación y control de los impuestos a la renta que gravan la importación, las de registro y timbres fiscales y las que recaigan sobre la producción y consumo de bienes que total o parcialmente la ley reserve al poder nacional, como la de alcoholes, licores, cigarrillos, fósforos y salinas, las de minas e hidrocarburos y los demás impuestos, tasas y contribuciones nacionales que creare la ley. El inc. 9° añade la organización y régimen de las aduanas. También dispone que la ley establecerá un sistema de asignaciones económicas especiales en beneficio de los estados en cuyo territorio se encuentran situados tales bienes, sin perjuicio de que se puedan establecer otras en beneficio de los otros estados. Y el art. 229 ordena que anualmente la ley de presupuesto incluya una partida que se distribuirá entre los estados, el Distrito Federal y los territorios nacionales, conforme a determinados porcentajes (30% por partes iguales y 70% en proporción a la población de cada entidad). Esta norma de coordinación es aplicable en materia impositiva. La Constitución permite a los estados provinciales la aplicación de tributos diferentes que no se superpongan con los nacionales y reserva a los municipios contribuciones taxativamente enumeradas.

La Constitución de la República Federal Alemana, en el art. 104 a), también estructura el reparto de los gastos entre la Federación y los Länder [176], disponiendo el art. 106 el de los ingresos tributarios. También ordena que los municipios reciban una parte de los ingresos provenientes del impuesto sobre las rentas, correspondiéndoles los ingresos provenientes de los impuestos reales, de consumo y de lujo. Es importante destacar que el art. 108 contempla la administración financiera de los impuestos por un órgano federal.

La sección segunda de la Constitución de los Estados Unidos de América preveía que las contribuciones directas se prorratearían entre los estados, de acuerdo con su respectiva población. La enmienda XVI facultó al Congreso para imponer y recaudar impuestos sobre la renta, sin prorrateo entre los distintos estados.

Otras soluciones del derecho comparado figuran en el trabajo de García Vizcaíno "Los tributos frente al federalismo", quien analiza los casos de

[176] Equivalente a "estados federados" o "provincias" [N. del D.].

Canadá, México, Suiza, India, la ex URSS, Yugoslavia, Checoslovaquia, al cual nos remitimos por razones de brevedad. Finalmente, debemos mencionar los aportes del derecho público provincial, recientemente renovado por reformas constitucionales que se registran, entre otras, en La Rioja, Córdoba, Santiago del Estero, Salta. Se consagran normas expresas, especialmente en materia de recursos tributarios municipales. Creemos que la máxima a seguir en esta materia debe ser que: "Así como la Nación no tiene derecho a ahogar a las provincias, éstas tampoco pueden ahogar a la Nación". De acuerdo con esto, la legislación deberá resguardar:

1) El *sistema federal de la Constitución*, asignando expresamente las fuentes de recaudación para cada nivel, conforme a las pautas del derecho comparado.

2) El *principio de la solidaridad*, que será el fruto de la relación entre Nación, provincia y municipio.

3) *La coordinación impositiva*, federalizando los mecanismos de coparticipación, estableciendo garantías para las provincias en cuanto a la asignación y liquidación de los recursos y determinando taxativamente los tributos coparticipables (art. 75).

4) *Institucionalizando la naturaleza federal del órgano de administración tributaria* para la recaudación y distribución de la masa coparticipable, asegurando su correcto y normal flujo a las jurisdicciones locales.

Las normas constitucionales vigentes son insuficientes y han ocasionado diversas dificultades, siendo necesario tanto un nuevo sistema tributario material como la federalización de la administración de los tributos. El rendimiento institucional que se alcanzará habrá de redundar incluso mediante la colaboración local, en la reducción de la evasión fiscal, que deteriora visiblemente la eficacia del actual régimen impositivo dando lugar a una economía negra que según se admite alcanza a por lo menos el 40% del PBI.

Concluyendo este punto debe primar la perspectiva del nuevo federalismo, o *federalismo cooperativo*, del cual tanto nos habla el Dr. Pedro J. Frías, por sobre el *federalismo meramente preceptivo*. No se trata de reflejar una realidad pretérita, sino de hacer una elección para el porvenir siguiendo la técnica de las nuevas tendencias, que sea la matriz del modelo que se proponga insertar a nuestro país en el mundo del nuevo milenio.

5.3. Una cuestión conceptual: acerca de los impuestos directos e indirectos

Según se ha dicho, la Constitución establece un sistema de separación de las fuentes impositivas que admite la concurrencia entre la Nación y las provincias en materia de impuestos indirectos (arts. 4° y 123, CN), reservando los impuestos directos a las provincias, con excepción de situaciones ver-

daderamente excepcionales (art. 75, inc. 2°). Los impuestos directos, en la idea de Alberdi eran aquellos cuyo hecho imponible se individualizaba directamente en su titular; eran los que surgían del censo y que por gravar a las personas debían aplicarse muy restringidamente. Decía Alberdi "...Son muchos los medios que pueden emplearse a ese respecto, pero todos ellos se reducen a dos, o se pide directamente al contribuyente una parte de su renta o bien se le exige una suma sobre ciertos consumos que hace con su renta, sin inquirir su nombre ni mencionar su persona. Lo primero es su contribución directa, lo otro es llamado contribución indirecta. La Constitución argentina admite estos dos métodos de exigir el pago de la contribución, pero se muestra inclinada al último, que sin duda alguna es más conforme a sus principios, a los intereses que ella tiene en vista y a las circunstancias presentes del pueblo de la Confederación Argentina...". "...No sucede lo mismo con las contribuciones directas. La Constitución las admite en el carácter de contribuciones extraordinarias..." (*Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina*). Si bien ha habido discusiones doctrinarias acerca del concepto de contribución *directa* e *indirecta*, se puede afirmar que existe cierto consenso en que la idea principalmente aceptada está en la posibilidad de que el tributo pueda trasladarse (ver Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*; Dino Jarach, *Derecho tributario*, entre otros). Lo cierto es que los criterios que se tomaron en cuenta en un principio para determinar esa clasificación, fueron variando, al punto de que hoy en día ha sido dejada de lado por el derecho tributario. En los Estados Unidos la enmienda XVI (1913) relativizó la distinción entre gravámenes directos e indirectos al permitir al Congreso instituir impuestos sobre los ingresos, sin dividirlos proporcionalmente entre los diferentes estados y sin tener en cuenta un censo o enumeración, exigencia que se mantiene para otros tributos considerados directos. Entre nosotros, de hecho tenemos el ejercicio concurrente de la Nación y las provincias, de la facultad de imposición, tanto en materia de impuestos directos como indirectos, con excepción de los tributos aduaneros, reservados con exclusividad a la Nación. En esta confusión no sólo ha intervenido un mayor centralismo sino que han intervenido también los problemas técnicos suscitados por el intento de separar las fuentes de la imposición. De allí que, siguiendo orientaciones más modernas en la materia, pensamos que el término contribuciones directas debería sustituirse por la de "gravamen que alcance a las manifestaciones globales de capacidad contributiva", tales como "la renta o el patrimonio total de una persona", en el art. 75, inc. 2°. Cabe señalar al respecto que el Dr. Ricardo Héctor Koss en su trabajo titulado "Propuestas para optimizar el Sistema Tributario Argentino" (Premio Price Waterhouse 1985) propone cambiar el término "contribuciones directas" por el de "contribuciones personales", en tanto entiende que de esa manera se

apunta a relacionar la capacidad contributiva global de un individuo, con otras características no monetarias de su persona.

En todos los casos creemos que el principio de capacidad contributiva, que tiene un importante lugar en el moderno derecho tributario y que nuestra Corte Suprema ha reafirmado en el fallo "Navarro Viola de Herrera", debe ser tenido muy en cuenta a esos efectos. Finalmente, concluyendo estas reflexiones referidas al Estado federal, queremos realizar las siguientes citas de los autores de la Constitución:

"...La Comisión confía en que Vuestra Honorabilidad hallará acertada la elección que se ha hecho de los ramos que han de formar el Tesoro nacional, los cuales se reducen casi exclusivamente a las contribuciones indirectas de origen aduanero y al producto que proporcionan las tierras de propiedad nacional..." (Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso Constituyente de 1853).

"...Siendo el segundo, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General uno de los recursos que quedaba a las provincias, era natural que no se echase mano de él sino en circunstancias muy excepcionales..." (Benjamín Gorostiaga, miembro informante).

6. Las constituciones provinciales

Al sancionarse la Constitución histórica se reconocían dos centros o ámbitos de decisión territorial: El Estado federal y las provincias. El debate se planteó con posterioridad acerca de si las provincias eran anteriores o no a la creación del Estado federal. Razones históricas y sociológicas abonaban esa postura además de la frase del Preámbulo señalando que el Congreso General Constituyente de Santa Fe se reunió "por voluntad y elección de las provincias que la componen".

Pero ha señalado muy bien Spota [177], que desde un punto de vista estrictamente jurídico, tanto el Estado federal como las provincias nacen del ejercicio del poder constituyente originario o fundacional. De tal modo, las constituciones provinciales, que en todos los casos han sido posteriores a la sanción de la Constitución Nacional, comportan casos de poder constituyente "derivado" o de segundo grado, en tanto las constituciones provinciales derivan de la Constitución Nacional y su legitimidad depende del respeto a los principios y condiciones enumerados en el art. 5°. En esta lógica deben relacionarse el art. 31, cuando establece el principio de supremacía de la Constitución, y el art. 121, que reproduce la enmienda X de la Constitución

[177] SPOTA, Alberto A., *Confederación y Estado federal*, Plus Ultra, Buenos Aires.

de los Estados Unidos fijando una "cláusula cerrojo", que determina que las provincias conservan todo el poder y las competencias no delegadas en el Estado federal.

En tal sentido, todas las provincias argentinas se encuentran en un pie de igualdad y todas sus constituciones son "derivadas" del poder constituyente originario. Ya se trate de las catorce provincias históricas, es decir, las trece que suscribieron la Constitución de 1853, más Buenos Aires unida en 1860 o de las llamadas provincias "nuevas" que han ido nutriendo el derecho público provincial en un sentido progresivo y progresista de manera que muchas instituciones nuevas del derecho público incorporadas a la Constitución Nacional en la reforma de 1994, encuentran sus antecedentes en las constituciones provinciales.

Podemos resumir la cuestión señalando que en nuestro derecho público han existido distintas "oleadas" del constitucionalismo provincial. La primera es la histórica, identificada con el llamado federalismo clásico, la segunda es la que comienza después de la llamada "revolución libertadora", a partir de 1957, cuando se reforma la Constitución Nacional y se crean "nuevas provincias" en donde anteriormente hubieron territorios nacionales (La Pampa, Chaco, Formosa, Misiones, Chubut, Santa Cruz, Río Negro y Neuquén). Las nuevas constituciones se enmarcaron en el llamado "constitucionalismo social" y también en el "federalismo cooperativo" o federalismo de concertación [178]. La tendencia a la "autonomía municipal" fue una de las características de esas innovaciones [179].

La tercera "oleada" de reformas a las constituciones provinciales comienza a partir de la recuperación democrática de 1983, cuando se producen las reformas de la mayoría de las constituciones, con muy pocas excepciones, como la Constitución de Mendoza, una de las más antiguas del país. Además de las reformas, el ciclo se completa con dos nuevos sujetos de derecho público que se emplazan también sobre el territorio de antiguas jurisdicciones federales: la Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que deriva de una cláusula especial en el art. 129, el último de la CN.

Esta nueva situación ha llevado a afirmar que en la actualidad ya no existen dos sino cuatro órdenes de decisión en el ámbito del derecho federal: el Estado federal, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129, CN), y los municipios autónomos (art. 123, CN).

178 FRÍAS, Pedro J., *Derecho público...*, cit.

179 HERNÁNDEZ (h), Antonio M., *Derecho municipal*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

En todos los casos en que pudieren suscitarse conflictos entre una provincia y el Estado federal, será competente para su resolución la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por competencia originaria y exclusiva (art. 117, CN).

7. La intervención federal

El art. 6° trata una situación excepcional, un instrumento de raíces históricas para mantener la vigencia del orden federal y, al mismo tiempo, de uno de los llamados *institutos de emergencia* previstos en el mismo texto de la Constitución para suspender temporariamente la plenitud de su vigencia normativa, cuando razones de verdadera fuerza mayor, habilitadas por ley del Congreso, así lo autoricen.

Su origen en nuestro derecho público se remonta a uno de los *pactos preexistentes*, en el caso, al denominado Pacto Federal de 1831 que conformaba una confederación entre trece provincias litorales que establecieron una cláusula de asistencia recíproca y mutua defensa ante el caso de sublevaciones, levantamientos o invasiones, que podía activarse tanto a solicitud del estado interesado como por iniciativa del gobernador que actuaba como encargado de las relaciones exteriores [180]. Destaca Joaquín V. González, que en tal precedente tuvieron marcada influencia las prevenciones provocadas por el levantamiento unitario del general Juan Lavalle, en 1928 y la Liga Unitaria encabezada por el general José María Paz, en 1830 [181].

Los antecedentes del derecho comparado, al tiempo de sancionarse la Constitución, mostraban los precedentes de la Constitución Federal de Suiza de 1848, que ejerció importante influencia en Alberdi a través de los comentarios a la misma elaborados por el jurista italiano Pellegrino Rossi y en la Constitución de los Estados Unidos sancionada en Filadelfia (art. XIV, secc. VI).

La fórmula que adoptó la Convención General Constituyente de 1853 tuvo en cuenta el precedente norteamericano pero también un amplio criterio intervensionista defendido por Alberdi en su Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata. De manera que el art. 5° de la Constitución sancionada en 1853 decía "El gobierno federal interviene *con requisición* de las Legislaturas o gobernadores provinciales, *o sin ella*, en el territorio de cualquiera de las provincias, al solo efecto de restablecer el orden público perturbado por la sedición, o de atender a la seguridad nacional amenazada por un ataque o peligro exterior" (la bastardilla es nuestra).

180 GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional...*, cit., t. 3, ps. 538 y ss.

181 GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual...*, cit., cap. XXII, ps. 693 y ss.

La amplitud de poderes, concedidos al gobierno federal, profundizó el debate en la reforma de 1860, especialmente en el seno de la Comisión *ad hoc* de la provincia de Buenos Aires, encargada de redactar las propuestas de reforma al texto constitucional con motivo del ingreso de Buenos Aires a la Federación. En el medio se encontraba el recuerdo de la cruenta intervención a la provincia de San Juan en 1858, que tuvo consecuencias sangrientas y que no parecía inspirarse más que en abusos por parte del gobierno federal por sobre la autonomía provincial.

En el seno de la Convención *ad hoc* de 1860, Sarmiento expresaba las siguientes palabras que vienen muy al caso en cuanto a la explicación de este artículo: "...La intervención del poder general en las provincias, con requisición de parte o sin ella, es un deber o un derecho. En el primer caso es una obligación que deriva de la garantía de que habla el propio art. 5°; en el segundo es una facultad que ejerce por derecho propio: 1°) toda vez que una o más provincias falten a las estipulaciones del compromiso, como si "pretendiesen establecer la fórmula monárquica, perpetuar el poder contra los principios de la democracia, etc.; 2°) toda vez que la seguridad nacional así lo exija, como en caso de invasión exterior o amago de ella, sedición extendida a más de una provincia, hostilidades entre dos o más provincias" [182].

De manera sintética y sobre la base de lo dicho, cabe decir que los supuestos de intervención federal pueden subsumirse en dos hipótesis: a) que se trate de una decisión del gobierno federal, cuando fuere necesario para garantizar la forma republicana de gobierno o para repeler invasiones extranjeras y b) por pedido de las autoridades provinciales para sostenerlas en caso de peligro de su estabilidad, o restablecerlas en caso de sedición o por invasión de otra provincia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el *leading case* "Cullen v. Llerena" (1893) consideró que la intervención federal a las provincias era una *cuestión política no justiciable* al señalar "...La intervención nacional en las provincias, en todos los casos en que la Constitución la permite o prescribe, es, como queda dicho, un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación..." [183]. La única disidencia fue la del ministro Luis V. Varela, quien sostuvo que el conocimiento y decisión de la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales inferiores de la Nación alcanzaba a todos los puntos regidos por la Constitución.

[182] *Diario de Sesiones de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal*, 1860. p. 150.

[183] Corte Sup., Fallos 53:420.

La consideración de la intervención federal como instituto de emergencia previsto en la Constitución es un aspecto o faceta que ha generado profundos e importantes debates en el derecho constitucional argentino. Con razón ha señalado Nino, que junto al estado de sitio, ocupa el primer lugar entre los institutos de la propia Constitución que más han contribuido a afirmar el denominado "hiperpresidencialismo hegemónico", que caracteriza a nuestro sistema político [184].

En la práctica de la intervención federal no han faltado los abusos por parte de todos los sectores políticos, tanto durante los gobiernos *de facto* como durante los períodos de normal vigencia de la Constitución. De tal cargo no está libre de pecado ninguno de los partidos políticos que ejercieron el poder en la Argentina, de manera que la intervención federal fue con frecuencia una excusa para que, tras la apariencia de "garantir la forma republicana de gobierno", se avasallaran las autonomías provinciales para perseguir a los adversarios políticos.

Entre los principales abusos debe mencionarse el hecho de que en la mayoría de los casos las intervenciones fueran ordenadas por el Poder Ejecutivo y no por el Congreso. Si bien la Constitución histórica contenía una "laguna" sobre el particular, una adecuada interpretación de los principios constitucionales, como la realizada por la Corte en el caso "Orfila", llevaban a la conclusión de que tal facultad era propia del Congreso en orden a los "poderes inherentes" del anterior inc. 28 del art. 67 (actual inc. 32 del art. 75) que sigue los lineamientos de la enmienda XI de la Constitución de los Estados Unidos [185].

Tal vez por todas esas razones el profesor Pedro J. Frías ha dicho que la intervención federal es el lamento clásico del federalismo argentino. Por su parte Antonio María Hernández ha señalado que "la historia de la intervención federal en nuestro país es la historia de desencuentros entre la Nación y las provincias, pues durante los 123 años transcurridos entre 1853 y 1976, se ordenaron 174 intervenciones provinciales. Estos números son el mejor registro del uso y abuso que hizo el gobierno federal del instituto de la intervención, en especial si se tiene en cuenta que los datos que se presentan no incluyen la numerosas situaciones de allanamiento a la autonomía provincial decididas por los gobiernos militares que se sucedieron —sólo interrumpidos por breves interregnos democráticos y semidemocráticos— desde 1930.

[184] NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

[185] Sobre el tema puede verse AJA ESPIL, Jorge, *Constitución y poder político*, TEA, Buenos Aires.

"Considerado un remedio extremo por la Constitución Nacional, los sucesivos gobernantes apelaron al instrumento de la intervención federal en forma reiterada, y la mayoría de las veces para subordinar el poder provincial al dictado de Buenos Aires. Prueba de ello es el procedimiento elegido para ordenar la intervención: de las 174 intervenciones, tan sólo 32% (56) fueron decididas por el Congreso de la Nación; el resto, es decir 68% (118), fueron dispuestas por decreto del Poder Ejecutivo sin intervención del Poder Legislativo" [186].

La reforma constitucional de 1994 incorporó el inc. 31 del art. 75, indicando expresamente que la facultad de intervenir las provincias o la ciudad de Buenos Aires compete al Congreso de la Nación, que además puede aprobar o revocar la intervención decretada por el Poder Ejecutivo, durante su receso. Por su parte, el art. 99, inc. 20 prescribe que si el Poder Ejecutivo decreta una intervención durante el receso del órgano legislativo, lo debe convocar simultáneamente para su tratamiento. Téngase en cuenta que la reforma amplió el período de sesiones ordinarias, que antes comenzaba el 1° de mayo y ahora el 1° de marzo hasta el 30 de noviembre.

Finalmente es importante señalar que si bien en la práctica ha sido frecuente que la designación del interventor federal, como agente del gobierno federal, estuviera a cargo del Poder Ejecutivo, las nuevas disposiciones constitucionales permitirían inferir tal facultad como propia del Congreso, aun cuando el constituyente haya preferido guardar silencio sobre el punto. La intervención puede declararse sobre los tres poderes provinciales o sobre cualquiera de ellos (puede ser total o parcial).

[186] HERNÁNDEZ (h), Antonio M., *Labor parlamentaria como diputado de la Nación*, t. I, iniciativa del 3/6/1992, trámite parlamentario nro. 25, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995, ps. 18 a 28, citado en el libro del mismo autor titulado *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 42 a 44.

CAPÍTULO V

EL TERRITORIO

La Constitución de la Nación argentina no define los límites territoriales del Estado, como sí en cambio lo hacen otras constituciones en el ámbito del derecho comparado y buena parte de la constituciones de las provincias argentinas. Tal vez pueda haber influido en esa circunstancia que nuestros límites no se hayan encontrado totalmente definidos a la época de sancionarse la Constitución. Basta para ello recordar que en la Patagonia se emprendían las llamadas campañas al "desierto" y que en buena medida las *Bases* de Alberdi se refirieron a nuestros extensos e interminables territorios despoblados. La Constitución Nacional se preocupó más del tema población que del tema territorio: el primer elemento faltaba en tanto que el segundo sobraba.

La Argentina sostuvo en materia de límites la doctrina del *uti possidetis de iure* de 1810, que significa que las posesiones territoriales son las que correspondían al entonces Virreinato del Río de la Plata, al producirse la Revolución de Mayo y el movimiento emancipador. El hecho de que otros países de la región hayan sostenido otras teorías, como el llamado *uti possidetis de facto*, ha contribuido en buena medida a los conflictos limítrofes y territoriales, que se produjeron con posterioridad.

Sin embargo, en materia de límites y de integración del territorio, la Constitución contiene una fórmula implícita a través de la unión de los territorios de las provincias que la componen, disponiendo expresamente la intervención del Congreso para el caso de formarse nuevas provincias o modificarse los límites de las existentes.

En todos los casos; no debe perderse de vista la intención del constituyente de conformar un solo territorio nacional y no provincias aisladas o segmentadas. Los artículos que siguen apuntan directamente a ese fin al establecer la igual validez de actos públicos y sentencias judiciales en todo el territorio (art. 7°), al igualar la calidad de ciudadano en todas las provincias (art. 8°), al determinar que las aduanas sólo serán las nacionales, dando fin a largas disputas históricas (art. 9°) y consecuentemente permitir la libre circulación de mercaderías (art. 10), eliminando los derechos de tránsito o tonelaje de una provincia a otra (art. 11), promoviendo la libre navegación en

"Considerado un remedio extremo por la Constitución Nacional, los sucesivos gobernantes apelaron al instrumento de la intervención federal en forma reiterada, y la mayoría de las veces para subordinar el poder provincial al dictado de Buenos Aires. Prueba de ello es el procedimiento elegido para ordenar la intervención: de las 174 intervenciones, tan sólo 32% (56) fueron decididas por el Congreso de la Nación; el resto, es decir 68% (118), fueron dispuestas por decreto del Poder Ejecutivo sin intervención del Poder Legislativo" [186].

La reforma constitucional de 1994 incorporó el inc. 31 del art. 75, indicando expresamente que la facultad de intervenir las provincias o la ciudad de Buenos Aires compete al Congreso de la Nación, que además puede aprobar o revocar la intervención decretada por el Poder Ejecutivo, durante su receso. Por su parte, el art. 99, inc. 20 prescribe que si el Poder Ejecutivo decreta una intervención durante el receso del órgano legislativo, lo debe convocar simultáneamente para su tratamiento. Téngase en cuenta que la reforma amplió el período de sesiones ordinarias, que antes comenzaba el 1° de mayo y ahora el 1° de marzo hasta el 30 de noviembre.

Finalmente es importante señalar que si bien en la práctica ha sido frecuente que la designación del interventor federal, como agente del gobierno federal, estuviera a cargo del Poder Ejecutivo, las nuevas disposiciones constitucionales permitirían inferir tal facultad como propia del Congreso, aun cuando el constituyente haya preferido guardar silencio sobre el punto. La intervención puede declararse sobre los tres poderes provinciales o sobre cualquiera de ellos (puede ser total o parcial).

[186] HERNÁNDEZ (h), Antonio M., *Labor parlamentaria como diputado de la Nación*, t. I, iniciativa del 3/6/1992, trámite parlamentario nro. 25, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995, ps. 18 a 28, citado en el libro del mismo autor titulado *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 42 a 44.

CAPÍTULO V

EL TERRITORIO

La Constitución de la Nación argentina no define los límites territoriales del Estado, como sí en cambio lo hacen otras constituciones en el ámbito del derecho comparado y buena parte de la constituciones de las provincias argentinas. Tal vez pueda haber influido en esa circunstancia que nuestros límites no se hayan encontrado totalmente definidos a la época de sancionarse la Constitución. Basta para ello recordar que en la Patagonia se emprendían las llamadas campañas al "desierto" y que en buena medida las *Bases* de Alberdi se refirieron a nuestros extensos e interminables territorios despoblados. La Constitución Nacional se preocupó más del tema población que del tema territorio: el primer elemento faltaba en tanto que el segundo sobraba.

La Argentina sostuvo en materia de límites la doctrina del *uti possidetis de iure* de 1810, que significa que las posesiones territoriales son las que correspondían al entonces Virreinato del Río de la Plata, al producirse la Revolución de Mayo y el movimiento emancipador. El hecho de que otros países de la región hayan sostenido otras teorías, como el llamado *uti possidetis de facto*, ha contribuido en buena medida a los conflictos limítrofes y territoriales, que se produjeron con posterioridad.

Sin embargo, en materia de límites y de integración del territorio, la Constitución contiene una fórmula implícita a través de la unión de los territorios de las provincias que la componen, disponiendo expresamente la intervención del Congreso para el caso de formarse nuevas provincias o modificarse los límites de las existentes.

En todos los casos, no debe perderse de vista la intención del constituyente de conformar un solo territorio nacional y no provincias aisladas o segmentadas. Los artículos que siguen apuntan directamente a ese fin al establecer la igual validez de actos públicos y sentencias judiciales en todo el territorio (art. 7°), al igualar la calidad de ciudadano en todas las provincias (art. 8°), al determinar que las aduanas sólo serán las nacionales, dando fin a largas disputas históricas (art. 9°) y consecuentemente permitir la libre circulación de mercaderías (art. 10), eliminando los derechos de tránsito o tonelaje de una provincia a otra (art. 11), promoviendo la libre navegación en

ríos interprovinciales (art. 12), y finalmente admitiendo la posibilidad de crear nuevas provincias con intervención del Congreso (art. 13).

Un destacado constitucionalista alemán, Rudolf Smend, ha planteado la existencia de un "principio constitucional de integración", haciendo mención al conjunto de valores y elementos que "conforman" la Nación. Se trata de elementos integradores como los artículos de la Constitución Nacional que siguen en esta parte a través de elementos unificadores del territorio.

1. Validez de los actos públicos y sentencias judiciales de una provincia en las demás

La Constitución no solamente ha configurado al país como un solo territorio sino también como un solo mercado desde el punto de vista económico [187]. En este caso, se consagra estrictamente la igualdad de trato en el orden nacional para todos los actos públicos emanados de las provincias, sean legislativos, administrativos, judiciales o actos del derecho común debidamente formalizados.

El art. IV, secc. I de la Constitución de los Estados Unidos establece que "...plena fe y crédito se dará en cada estado a los *public acts, records and judicial proceedings* de cada uno de los demás estados. Y el Congreso puede por leyes generales prescribir el modo en que tales *acts, records and proceedings* serán probados y los efectos de éstos". Del cotejo de ambos textos resulta que los constituyentes de Santa Fe eliminaron la palabra "registros" *(records)* y tradujeron *public acts* por "actos públicos", siguiendo en esto último al Proyecto de Alberdi (art. 121) [188].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que el art. 7° de la Constitución y las leyes 44 y 5133, exigen no solamente que se dé entera fe y crédito en una provincia a los actos y procedimientos judiciales de otra, debidamente autenticados, sino que también se les atribuyan los mismos efectos que habrían de producir en la provincia de donde emanasen [189]. Cada provincia puede, dentro del espíritu del art. 75, inc. 12 (ex 67, inc. 11) de la Constitución, crear sus registros de propiedad, médicos, abogados, comerciantes, etc., sin que las inscripciones que en ellos se hagan tengan imperio, por simple transferencia, sobre los registros de las otras provincias, de la Capital o de los territorios federales [190].

[187] Véase nuestro libro *Derecho constitucional económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, especialmente el capítulo titulado "El mercado en la Constitución".

[188] RIVAROLA, Enrique A., "El art. 7° de la Constitución Nacional", LL 20-246.

[189] Caso "A. B. de Tomkinson v. F. A. Bambicha", 15/11/1935, LL III-486.

[190] Caso "A. J. de Palma", 1°/7/1936, LL III-454.

La igualdad de trato a los actos públicos de una provincia en otro lugar del territorio, no excluye la reglamentación por el Congreso en materia de "autenticación" o legalización de tales actos para que puedan ser oponibles fuera del respectivo territorio provincial.

En tal sentido, las distintas leyes han dispuesto que serán tenidos por auténticos los actos y leyes de las legislaturas, y los actos y decretos de los poderes ejecutivos provinciales, siempre que se hayan publicado o comunicado en la forma que cada provincia hubiese adoptado para su promulgación y ejecución. Son igualmente tenidos por auténticos los actos, procedimientos judiciales, sentencias y testimonios de cualquiera de ellos con la atestación del escribano o secretario del tribunal superior o de cualquiera de las cámaras de apelación de la provincia, el certificado del presidente respectivo asegurando que la atestación está en debida forma, y el sello del tribunal o cámara [191].

El carácter nacional de derecho común del derecho civil que regula las formalidades de los instrumentos públicos (art. 979, CCiv.), así como la regulación de la profesión notarial por parte de las distintas provincias, y también los acuerdos de cooperación y coordinación, han contribuido a la regulación del sistema, preservando la fe pública y procurando instrumentar folios de seguridad y otras medidas para prevenir eventuales falsificaciones de documentos. En tal sentido, la ley 22.122 ha establecido por vía de coordinación entre las provincias, la unificación del trámite interjurisdiccional de oficios y exhortos judiciales.

2. Igualdad entre los habitantes de las provincias

La Constitución de los Estados Unidos no tenía declaración de derechos. Diez años después de sancionada se agregaron las diez primeras enmiendas y fue necesaria la guerra de secesión para que se agregaran seis enmiendas más, entre ellas la XIV que establece la igualdad de trato y garantía de debido proceso legal entre todos los estados de la Unión.

Siguiendo tal principio, en la Nación argentina, los habitantes de todas y cada una de las provincias gozan de iguales derechos, sin discriminación. Desde luego que algunas provincias son más ricas o desarrolladas que otras, pero ello como consecuencia de razones naturales, culturales o de desarrollo, pero ninguna tiene más jerarquía que otra en materia de igualdad de derechos. Todas llevan representación igualitaria ante el Senado de la Nación. En la Argentina no existen *kelpers* ni ciudadanos de primera y segunda categoría, todos los habitantes son iguales ante la ley conforme el principio general del art. 16, CN.

[191] LINARES QUINTANA, Segundo V., *Gobierno y administración de la República Argentina*, t. II, TEA, Buenos Aires, 1946, ps. 47 y ss.

La expresión "ciudadanos" no está utilizada aquí con carácter técnico, al igual que ocurre en otros artículos de la Constitución. El término "ciudadano" es confundido en otras oportunidades con la condición de nacional argentino frente a los extranjeros y no en su sentido técnico de titular de derechos políticos (ej.: art. 20). Hay en ello una reminiscencia de la expresión "ciudadano" utilizada por los revolucionarios franceses como categoría igualadora frente a la nobleza y el clero. En realidad, se refiere a la igualdad de derechos entre los habitantes de las provincias porque, precisamente, la única diferencia de trato que marcan las constituciones provinciales es en materia de derechos políticos, ya que hay que ser natural de una provincia o acreditar determinada cantidad de años de residencia en la misma para poder ejercerlos.

Queda también establecido con rango constitucional, la obligación de extradición recíproca de criminales entre las provincias. Cabe recordar en tal sentido que la materia penal, como materia de derecho común es legislada por el Congreso federal (art. 75, inc. 12) en tanto que corresponde a cada provincia la regulación del derecho de forma o derecho procesal.

3. Nacionalización de las aduanas y de los derechos aduaneros

En la lucha por los derechos de la Aduana de Buenos Aires puede resumirse buena parte de nuestra historia colonial como también las luchas fratricidas entre unitarios y federales. A su alrededor creció la práctica del contrabando y con éste muchas consecuencias de tipo cultural que bien podrían explicar nuestra idiosincrasia y carácter.

En la época de Rosas, la llamada Ley de Aduana de 1835 es demostrativa del decidido vuelco hacia el proteccionismo en la lucha entre los intereses de Buenos Aires y las provincias. El objetivo principal de Rosas era el de prevenir cualquier cambio radical del orden establecido, de mantener y, si era posible, reformar el *status quo* económico y político [192].

La ley del 7 de marzo de 1835, que daba a Rosas poderes dictatoriales, no era solamente un instrumento de lucha, sino también un instrumento de política económica y financiera. Las consecuencias económicas de la medida eran tan importantes como sus efectos políticos. Los derechos de aduana eran la mayor fuente de ingresos de la entonces Provincia de Buenos Aires.

Entre 1840 y 1850, los derechos aduanero y portuarios subieron vertiginosamente sobre el total. En 1840, el porcentaje sobre el total era de 69,71, en tanto al año siguiente llegaba a 92,60, manteniéndose luego en esas cifras

[192] BURGIN, Miron, *Aspectos económicos del federalismo argentino*, colección Dimensión Argentina, 3ª reimp., Solar-Hachette, Buenos Aires, 1982.

que oscilarían entre el 83,58 en 1847 (mínimo) y 93,11 (máximo) en 1850, con el breve paréntesis de 1846 que descendería a 69,22. De las cifras podemos deducir que aun durante los años de los bloqueos a Buenos Aires (Francia y luego Inglaterra y Francia), el porcentaje se mantenía casi inalterable en el total de los ingresos.

La sanción de la Constitución Nacional de 1853 define un cambio de rumbo en la política económica. El país se organizó como Estado federal y se consagra la libertad de comercio, industria y navegación, y se abre generosamente al mundo promoviendo la inmigración europea y la de todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino. La Constitución encomienda el programa económico al gobierno federal, solucionando un pleito de medio siglo: se establece un territorio aduanero único.

La norma debe relacionarse con el art. 4° cuando al referirse a los recursos del Estado federal señala que el tesoro se conforma, entre otros rubros, con los derechos de importación y exportación. El art. 75, inc. 1°, por su parte, reitera ese principio al señalar que tales derechos son del Estado federal y que los mismos, así como los avalúos, deben ser iguales en todo el territorio reafirmando el principio de unidad territorial y evitando la creación de barreras aduaneras internas que serían inconstitucionales. Así también, el art. 75, inc. 10 (ex. 67, inc. 9°), inspirado también por las razones históricas ya señaladas, dispone que el Congreso puede "crear o suprimir aduanas", norma dirigida a eliminar las llamadas "aduanas interiores".

La importancia de los derechos de aduana ha sido muy grande durante la vigencia del modelo agroexportador de finales del siglo XIX y principios del XX, cuando los productos agropecuarios de la Pampa húmeda eran el mayor potencial de la economía del país. Esa circunstancia, sumada a un presupuesto estatal reducido a las funciones del Estado-Gendarme o Estado liberal de Derecho, ocupado de funciones mínimas de seguridad, instrucción, salud pública, defensa y justicia, provocaron que durante el período de mayor apogeo, los recursos del Estado nacional se nutrieran principalmente de derechos aduaneros, reservándose las provincias el cobro de los impuestos llamados por ese motivo "impuestos internos".

El Código Aduanero, que regula la materia, dispone numerosas delegaciones del Poder Legislativo en el Poder Ejecutivo por razones técnicas relacionadas con la fijación de aranceles específicos y *ad valorem*. El contrabando es un delito de competencia federal.

4. La libre circulación interior y el peaje

En los arts. 9°, 10, 11 y 12, particularmente, la Constitución Nacional ha procurado la conformación de un solo espacio económico, estableciendo el principio de la libre circulación interior y la existencia solamente de

las aduanas exteriores nacionales, pero eliminando las "aduanas interiores" existentes antes de 1853 y las restricciones para el tránsito y comercio entre dos o más provincias. Los artículos mencionados guardan una coherente relación entre ellos y se vinculan, además, con otras disposiciones de la Constitución, habida cuenta del principio de unidad que rige como pauta para su interpretación. En ese sentido, se relacionan el art. 7° que da validez en todo el territorio nacional a los actos públicos de una provincia; el art. 14 al enunciar el derecho de los habitantes a transitar por el territorio argentino; el art. 26 que establece la libre navegación de los ríos interiores; el art. 41 introducido por la reforma constitucional de 1994 y que establece el ámbito de regulación federal del medio ambiente en cuanto a los denominados "presupuestos mínimos"; el art. 42, también introducido en la reforma constitucional de 1994, en cuanto hace referencia al modelo de competencia y a la protección de usuarios y consumidores, con una redacción que hace obvia alusión al modelo de economía de mercado; el art. 43, también introducido por el constituyente de 1994 para consagrar la acción de amparo y extender su ejercicio como acción difusa a la protección de la "competencia"; el art. 75 en sus incs. 1° y 2° al ratificar la competencia del Congreso de la Nación para legislar sobre aduanas y sobre la materia fiscal en cuanto a impuestos indirectos, directos por tiempo determinado y recursos coparticipables. Especial importancia tienen el inc. 13 del art. 75, denominado "cláusula comercial" de la Constitución, y los incs. 18 y 19, denominados "cláusula del progreso" y "cláusula del progreso económico y social" o "cláusula del nuevo progreso", respectivamente.

Del conjunto de las normas enunciadas, tanto de las que corresponden al texto constitucional originario, como de las que fueron agregadas en la última reforma constitucional, surge con claridad que la intención del constituyente ha sido la de diseñar un solo mercado en el territorio de la Nación. Se trata del principio constitucional de la integración económica, conforme lo definiera el prestigioso economista Dr. Julio H. G. Olivera [193], para quien "El comercio del país está sujeto a una regulación jurídica homogénea y se conduce mediante un único instrumento monetario, vinculado de manera estable a las monedas de otros países. El tráfico interior está libre de gravámenes fiscales. Los tributos sobre el intercambio externo y los demás impuestos de carácter federal son uniformes en todo el territorio".

Conforme a las previsiones contenidas en los arts. 9° a 12, 75, inc. 13, 125 y 126 de la Constitución Nacional, los constituyentes procuraron consolidar la unión nacional, a decir de Linares Quintana "asegurando que toda

[193] OLIVERA, Julio H. G., "El modelo constitucional de integración económica", *Anales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, año XXXIII, nro. 26, segunda época, Buenos Aires.

la patria sea un solo territorio para una sola Nación y un solo país para un solo pueblo..." [194], mediante la nacionalización de las aduanas, la supresión de aduanas interiores, la libertad de circulación territorial y la prohibición de los derechos de tránsito.

Fue Juan Bautista Alberdi, en el cap. XVII de las *Bases*, titulado "Fines de la Constitución argentina", quien sostuvo que si se liberaran las trabas a la actividad económica, florecerían las industrias, las ciencias y las artes. Para ello debía consolidarse un gran espacio e incrementar la población. Es en este sentido que muestra su preocupación en cuanto a que no existan trabas a la circulación territorial de los bienes dentro del territorio de la Confederación.

La idea de la conformación del territorio nacional en un solo mercado desde el punto de vista económico proviene también de la Constitución de los Estados Unidos, a través de la influencia que ésta tuviera en el pensamiento de Juan Bautista Alberdi, volcada en su *Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas* y en su célebre obra *Bases y puntos de partida para la organización de las Provincias Unidas del Río de la Plata*. La adopción de un modelo de libre circulación interior de personas, bienes y mercaderías, a la par del reconocimiento único de las aduanas nacionales, trajo consigo la eliminación de todas las "barreras interiores" propias del proteccionismo colonial. El país se "constituyó" como una sola unidad económica, más allá de la existencia de economías regionales. La magnitud de aquel cambio puede ser comparada con la magnitud del actual proceso de integración económica en la región, con los países del Mercosur, donde —precisamente— el objetivo de la unión aduanera consiste, como primera etapa, en la libre circulación interna de bienes y mercancías y en el establecimiento de un único arancel externo común.

Desde el punto de vista del derecho constitucional, la integración económica es una de las consecuencias propias del principio de integración constitucional al que se refiriera con maestría Rudolf Smend, al tratar la eficacia integradora de las constituciones modernas [195].

La Constitución española de 1978, si bien parte de una organización del Estado de tipo unitaria, ha debido contemplar la aparición de distintos centros de poder económico descentralizados; razón por la cual la existencia de un único mercado interno y de una dirección unitaria de la economía ha debido establecerse y garantizarse según los parámetros que rigen para los Estados federales, o compuestos en general (ej.: Estados regionales), pues

[194] LINARES QUINTANA, Segundo V., *Gobierno y administración de la República Argentina*, cit.

[195] SMEND, Rudolf, *Constitución...*, cit.

ambos se organizan sobre la base de una pluralidad de centros de gobierno, todos ellos con capacidad para intervenir en la economía, aunque con distinta intensidad [196]. El art. 139.2 de la Constitución española establece en tal sentido: "Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español". En la literatura jurídica, el art. 139.2 de la Constitución española se ha presentado en ocasiones como la expresión de un eventual principio constitucional, de unidad de mercado, o incluso como el propio fundamento de la unidad del orden económico en España, a partir de la Constitución de 1978 [197].

La cláusula de libre circulación alcanza su máxima virtualidad en el contexto de los procesos de unificación económica, previos o incluso independientes del eventual objetivo final de la unificación; así ocurrió con la *Zollverein* alemana, y así ocurre actualmente con la Unión Europea. En esos casos, y salvando las distancias, el establecimiento firme de un principio de libre circulación de los factores de producción es la palanca con la que se fuerza la creación de un mercado único, allí donde existían territorios económicamente independientes, al menos desde un punto de vista jurídico.

En un Estado compuesto, la medida y, en cierto modo también, el fundamento de la unidad económica deben buscarse en la Constitución, como acto fundacional de tal Estado. Del mismo modo que la medida de la unidad política, su concreta configuración a partir de un determinado equilibrio entre uniformidad y variedad, entre poderes del centro y poderes de las entidades autónomas, se encuentra en las reglas que establece la Constitución, la medida de la unidad económica se halla igualmente establecida en este acto normativo fundamental y primario de valor fundacional.

La Constitución cumple una función de integración, que se proyecta igualmente sobre el ámbito económico. El principio de unidad económica, así, es una resultante de la Constitución, y no, jurídicamente, algo anterior a ella. La inclusión de normas específicamente económicas en la Constitución, dirigidas en general a regular las conductas económicas de todos los agentes que intervienen en este ámbito, hace aparecer esta función de integración, especialmente perceptible: en tanto que la Constitución contiene

[196] ALBERTI ROVIRA, Enoch, "La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nro. 14, Madrid.

[197] Sobre la existencia implícita en la Constitución española de un principio de unidad de mercado, apoyado más o menos directamente en la cláusula de libre circulación del art. 139.2, CE, entre otros, y desde perspectivas y con matices y alcances diversos, MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, Madrid, 1988, ps. 117 y ss.; DE JUAN, O., *La constitución económica española*, Madrid, 1984, ps. 258 y ss.; FONT, J. I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, Madrid, 1987, ps. 145 y ss.; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho público de las comunidades autónomas*, Madrid, 1982, p. 190, entre otros.

reglas sobre el orden y el proceso económicos, y en tanto que ésta es única y vincula a todos por igual, la Constitución establece un marco jurídico unitario para la disciplina de la actividad económica.

La función de integración económica de la Constitución no se realiza por referencia a un determinado modelo económico, que se consagra como "modelo económico constitucional", sino mediante el establecimiento del marco jurídico básico de disciplina de las actividades económicas, al que deben someterse todos los poderes públicos cuando pretendan intervenir en este ámbito, y por otra parte, mediante la fijación de un determinado reparto de competencias entre las diversas instancias, que distribuye las responsabilidades de intervención [198].

El derecho comparado enseña que, en general, los procesos federales han recurrido a cuatro vías principales para lograr la unificación económica: la desaparición de las fronteras interiores y la consiguiente creación de una unión aduanera frente al exterior; la interdicción del trato desigual dentro del territorio de cada Estado miembro a los ciudadanos de los demás que integran la federación, comprendiendo, naturalmente, el ejercicio de actividades económicas; la uniformización de las reglas básicas de la disciplina de las actividades económicas en todo el territorio federal; y, finalmente, la concesión al poder central de los principales instrumentos de intervención económica, especialmente los necesarios para desarrollar una política económica unitaria, según la concepción y el alcance que tenga la misma en cada momento histórico [199].

El art. 10, CN establece que: "*En el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional, así como la de los géneros y mercancías de todas las clases, despachadas en las aduanas exteriores*"; y el art. 11 agrega: "*Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera, así como los ganados de toda especie, que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten; y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio*".

El contenido de los arts. 9° a 12, CN y su inmediata relación con el art. 14 en cuanto asegura el derecho de todos los habitantes de transitar libremente por el territorio argentino, ha sembrado dudas en cuanto a la constitucionalidad del pago del "peaje", como modalidad de tarifa autorizada es-

[198] ALBERTI ROVIRA, Enoch, "La cláusula...", cit.

[199] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el derecho comparado y en la Constitución española*, Madrid, 1980.

pecíficamente en los casos de concesión de servicios públicos de canales, carreteras o autopistas. Se trata de una modalidad ya existente en el derecho comparado, pero que en nuestro país se generalizó especialmente a partir de la ley 23.696, de Reforma del Estado. Sobre el particular ha tenido oportunidad de pronunciarse la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case* "Estado nacional v. Arenera El Libertador SRL s/cobro de pesos", resuelto el 18/6/1991, en donde quedó consagrada la constitucionalidad del "peaje", quedando sólo limitado a que la fijación de la tarifa sea razonable. En ningún caso se ha determinado la mal difundida condición de ser imprescindible la existencia de un camino o vía alternativa gratuita.

Entre otras consideraciones, ha señalado el Alto Tribunal en esa oportunidad que "...Nuestra ley fundamental se refiere exclusiva y específicamente a la prohibición de gravar el mérito de tránsito de mercaderías y de los medios de transporte que se utilicen para su traslado. Ello no torna en inconstitucional cualquier gravamen que afecte de algún modo el transporte y comercio, aun interjurisdiccionales, si ellos no afectan el ejercicio de potestades nacionales —como puede ser la contenida en el art. 67, inc. 12 (actual 75, inc. 13), CN—. Así pacíficamente se han aplicado diversos gravámenes —nacionales, provinciales y municipales— como las "patentes" de los automotores, impuestos a la venta de combustibles, los que gravan los "ingresos brutos" o las "actividades lucrativas", etc. (conf. Fallos 300:310; 301:179). Especialmente no es constitucional el peaje como ha sido definido y como se da en el caso, en que no constituye un pago exigido por el solo paso, al modo de los antiguos portazgos, con base desvinculada de los servicios u otras prestaciones que se practiquen en favor del usuario, entre ellos, la construcción o el mantenimiento de la vía de tránsito en cuestión. Por lo tanto, y como ya se señaló precedentemente, no se advierte óbice —dentro de nuestro régimen constitucional— para la institución del peaje, como una forma más de financiación de obras públicas" (consid. 16 *in fine*).

En cuanto a la libertad de tránsito del art. 14, CN "...ella sólo puede verse afectada por medidas fiscales o parafiscales cuando éstas tornen en ilusorio aquel derecho, lo que no impide en modo alguno al Estado establecer los tributos que razonablemente requiera el sostenimiento de sus actividades y repartir su carga de un modo que, también razonablemente, estime adecuado, conforme el art. 16, CN..." (consid. 18) [200].

El peaje no era desconocido en la Argentina durante el siglo XIX, sin embargo, las dudas sobre su constitucionalidad llevaron a que el sistema no tuviera, hasta hace relativamente poco tiempo, mucha aceptación. Todo ello

[200] DALLA VIA, Alberto R., *Constitución económica e interpretación reciente. Fallos de la Corte en materia económica. Estudio*, Buenos Aires, p. 51.

no significa que fuera desconocido, y durante el siglo XIX, a partir de la ley 78 de la provincia de Buenos Aires (1855), que autorizaba al Poder Ejecutivo a cobrar, entre otros gravámenes, peajes por el uso público de caminos, se sucedieron diversas leyes, que con carácter general o con referencia a obras determinadas, autorizaron la percepción de derechos de peaje.

La primera ley orgánica de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires fue sancionada el 6/5/1853 por el Congreso Constituyente que siguió funcionando en tal instancia como Poder Legislativo. En el punto V, art. 72, se expresa: "La Municipalidad podrá, además, establecer impuestos directos, multas, peajes y portazgos, para la creación y preservación de los establecimientos necesarios, útiles y cómodos de que debe dotar a la ciudad, haciéndolo con la aprobación de la legislatura provincial". Por su parte, en la ley 61 del 12/10/1863, se preveía como recurso el producto neto de peajes y portazgos que sean recaudados por el servicio de obra a ejecutar.

Hasta 1965 había prevalecido una interpretación de la Constitución Nacional, específicamente en cuanto a los arts. 10 a 12 sobre circulación interprovincial, que consideraba al peaje en pugna con los principios constitucionales. Fue en la VII Conferencia Nacional de Abogados donde la cuestión fue esclarecida, mereciendo aprobación general a partir de dos proyectos de resolución elaborados por los Dres. Enrique Martínez Paz y Jorge Reinaldo A. Vanossi, que resumieron los siguientes principios directivos para esta materia:

1) El régimen constitucional argentino no prohíbe ni impide que la Nación o las provincias en sus respectivas jurisdicciones, apliquen el sistema llamado de peaje.

2) Es propio de éste la institución en retribución del costo de la obra.

3) La contribución debe ser razonable, proporcionada en el tiempo a la amortización del costo, sin perjuicio de la subsistencia de su prolongación para atender los gastos de mantenimiento y los servicios especiales en su caso.

4) No debe asumir la naturaleza de un impuesto o renta general del Estado, ya sea por su desvinculación de los costos a cubrir o por el destino que se asigna a la recaudación.

5) El sistema es susceptible de aplicación directa por el Estado o por concesiones que se ajusten a las normas administrativas regulatorias.

6) El régimen de peaje es independiente de las contribuciones al mayor valor, aplicables a los propietarios de bienes beneficiados por la obra. En estas condiciones es posible hablar, de la compatibilidad del peaje con las disposiciones constitucionales que no exijan pago alguno, pero a condición de que el importe de la contribución sea razonable y no se utilice como un medio normal de cubrir gastos generales, sino con destino específico.

El art. 1°, ley 17.520 de 1967 [201] estableció: "El Poder Ejecutivo podrá otorgar concesiones de obra pública por un término fijo, a sociedades priva-

das o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje conforme a los procedimientos que fija esta ley. La concesión se hará por el Poder Ejecutivo". Por su parte, la ley 23.696 de Reforma del Estado [202], del año 1989, en su art. 58 establece la incorporación en el art. 1°, ley 17.520 el párrafo siguiente "se aclara que podrá otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de las obras ya existentes, con la finalidad de la obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario. Para ello se tendrá en cuenta la ecuación económico-financiera de cada emprendimiento, la que deberá ser estructurada en orden a obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario". De estas dos últimas leyes resultan las características fundamentales del contrato administrativo de peaje que tendrá como concedente al gobierno nacional. El concesionario podrá ser cualquier sociedad privada, mixta o ente público. Este contrato de concesión tiene por objeto la construcción de una obra pública o su conservación mediante el cobro de una tarifa. La tarifa o peaje hacia el usuario encuentra sus bases en cada contrato en particular, pero siempre deberá responder a una ecuación económica entre la inversión de la obra pública, tiempo de concesión y la tasa de ganancia o rentabilidad.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el peaje es una especie de tributo que, como tal, debe reunir todos los elementos genéricos de aquellos que resultan, entre otros, de los arts. 4°, 16 y 75, CN. Es una manifestación del ejercicio del poder fiscal del Estado que recae sobre las personas o los bienes sujetos al derecho de paso con el objeto de reunir los fondos necesarios que le permitan al Estado cumplir con sus fines públicos traducidos en una obra particular y perfectamente determinada.

La Corte, en votos de Petracchi, Nazareno y Moliné O'Connor, al expresar que "...nada hay en el texto o espíritu de la Constitución Nacional que obste al establecimiento del peaje...", lo hicieron en referencia a que la soberanía política es de imposible concreción sin el aditamento de una soberanía económica y financiera, por lo que resultaría improcedente condicionar la actividad fiscal del Estado al cumplimiento de parámetros tributarios ineficientes para la disposición de recursos que necesita a fin de dar cumplimiento a los objetivos que motivan su creación, subsistencia y desarrollo.

El peaje, continúa razonando el tribunal, sólo será compatible con los preceptos constitucionales, que con rasgos que lo aproximan a las tasas y lo

[201] ADLA XXVII-C-2813.

[202] ADLA XLIX-C-2444.

alejan de los impuestos, se corresponde siempre a la concreta y efectiva e individualizada prestación de un servicio o realización de una obra. Como toda relación jurídica, el peaje es creado por una ley que obliga al contribuyente, bajo las condiciones que ella determina, a aportar recursos específicos. De este modo, y en cuanto a la causa de la obligación fiscal, ella no reside en las razones de índole económica o política que motivan la creación del tributo, sino en cuatro factores fundamentales configurados por la legalidad, la igualdad, la no confiscatoriedad y la libertad de circulación. Todos ellos deben tener vigencia en el caso del peaje para afirmar su viabilidad constitucional, sin que gravite la circunstancia de presentar características diferentes a las que tienen las formas tributarias clásicas. En segundo lugar, el peaje es una construcción cuya obligación de pago está condicionada al efectivo uso de una obra pública determinada. La imposición se materializa con motivo del uso voluntario de la obra por el contribuyente, quedando excluidos todos aquellos que no tienen acceso a ella.

La doctrina nacional se ha pronunciado *in extenso* acerca de la naturaleza jurídica del peaje. Para Bidart Campos, cuando el peaje se aplica a vías de comunicación entre dos o más provincias, el pago de la tasa por el usuario que las utiliza se ha supuesto, en algunas ocasiones, equivalente a los derechos de tránsito abolidos por la Constitución. Y la suposición es equivocada, porque la suma a sufragar no se impone por el hecho de la circulación interprovincial, sino por el uso de la carretera, camino o vía, para costear su construcción y mantenimiento... para obviar cualquier objeción, algunos autores proponen que el uso del medio de comunicación no debe ser obligatorio o, al contrario, que debe existir otra vía posible de uso gratuito; pero creemos que tal requisito no resulta imprescindible... [203].

Para Bielsa, Villegas Basavilbaso y Marienhoff, el peaje es un medio legal, único y justo para realizar obras camineras de alto diseño y verdadero progreso, su naturaleza jurídica se asimila a una tasa en tanto se trata de una contraprestación por un servicio. Para Giuliani Fonrouge, en cambio, el peaje constituye una típica forma tributaria por cuanto es el uso de un bien del dominio público que, en principio, escapa a la posibilidad de ser objeto de transacciones.

5. Libertad de navegación e igualdad de tratamiento portuario

El art. 12 reitera el principio constitucional de libre circulación interior y de igualdad de trato entre todas las provincias, enunciado en los anteriores arts. 7° a 11, aunque refiriéndose, en particular, a la libre navegación que es

[203] BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, t. I, cit.

un principio especialmente protegido por el constituyente toda vez que, al tiempo de la emancipación de las Provincias Unidas del Río de la Plata, la libre navegación de mares y ríos no solamente representaba una cuestión técnica de transporte para personas y mercaderías, sino que además representaba un símbolo del librecambismo frente al monopolio colonial.

La libre navegación fue el símbolo del predominio de Inglaterra durante los siglos XVIII y XIX, basado en buena medida en la obra de Hugo Grocio sobre la libertad de los mares. La Constitución se ocupa en el art. 26 de la libre navegación de los buques de todas las banderas o nacionalidades, en el art. 14 del derecho de los habitantes a navegar y comerciar y en el art. 75, inc. 13 regula el comercio interjurisdiccional, ya sea terrestre, marítimo o aéreo.

Nuestra Nación, cuenta con grandes ríos navegables, especialmente en la "cuenca del Plata" con los ríos Uruguay y Paraná que desembocan en el Río de la Plata. En esa zona, precisamente, se ubica la llamada "hidrovía" que es el centro del proyecto de integración regional del Mercosur, pero también existen importantes ríos navegables tanto en el norte (Pilcomayo, Bermejo), como en el Sur (Colorado, Negro, etc.), algunos de esos ríos fueron canales o avenidas para la colonización de nuestras tierras, como el caso del Río Chubut lo fue para los asentamientos de la colonización galesa en Trelew, Gasiman y Trevelin.

El texto actual del art. 12 proviene de la Comisión *ad hoc* de 1860 que incluyó la segunda parte referida a la igualdad entre los puertos de todo el territorio nacional, que no figuraba en la redacción original de 1853, aunque sí en su antecedente norteamericano. Las provincias estaban preocupadas porque ningún puerto del país tuviera trato diferencial sobre los otros. Sin embargo la norma debe interpretarse en armonía con otras disposiciones constitucionales, como el art. 75, inc. 18 (ex 67, inc. 16) conocido como "cláusula del progreso" para promover algunas regiones más atrasadas del país. En tal sentido puede señalarse la legislación de incentivos para las exportaciones por puertos patagónicos, así como la ley 19.640 que beneficia a los puertos del Área Aduanera Especial de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

6. Los ríos interiores

El art. 26 es una norma extremadamente liberal que fue tomada por los constituyentes de 1853 del proyecto de Juan Bautista Alberdi. La adopción de un sistema económico de libre navegación se opone a la reserva de bandera nacional para la navegación interior. En opinión de Sampay, el art. 26 fue una imposición del imperio del Brasil a Justo José de Urquiza por el auxilio prestado por las fuerzas militares del país vecino para derrotar a Juan Manuel de Rosas en la batalla de Caseros [204].

Esa tesis, sin embargo, es controvertida por otros puntos de vista que atribuyen a los intereses ingleses en el Río de la Plata y a la "libre navegación", como principio fundamental, ese criterio. De ese modo el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con el Brasil, de 1857, señala que los ríos Uruguay, Paraná y Paraguay serían accesibles a los buques de todas las banderas.

El Tratado del Río de la Plata firmado con la República Oriental del Uruguay y la llamada "hidrovía Paraguay-Paraná" que constituye una suerte de "avenida central en el proyecto del Mercosur, se encuentran en el centro del principio de libre navegación que fija el art. 26, CN.

En opinión de Ekmekdjian, la cuestión no parece revestir en sí misma rango constitucional sino que debió dejar librada a la reglamentación para adecuarla a la política económica más conveniente en cada oportunidad [205]. Comparto con el mencionado autor que nuestras cuencas fluviales verdaderamente importantes bien hubieran justificado un mayor desarrollo de nuestra flota mercante y de la utilización del transporte fluvial, cuyos costos son ostensiblemente menores a los del transporte aéreo y terrestre, sea automotor o ferroviario.

En 1869, el entonces senador Dalmacio Vélez Sarsfield sostenía la titularidad del dominio de las cuencas fluviales por la Nación, en tanto Bartolomé Mitre sostuvo que ese dominio era de las provincias como lógica consecuencia o derivación del principio establecido en el art. 121, donde se dice que las provincias conservan todos los poderes no delegados a la Nación. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Empresa Puerto de Rosario v. Nogués", ha dicho que "...El art. 26, CN no debe ser interpretado en el sentido de que atribuya a la Nación la propiedad de todos los ríos de la República, ni que haya en el interior ríos de la Nación y ríos de las provincias. Son las provincias las que tienen el dominio público de los ríos navegables y sus lechos, sin perjuicio de la jurisdicción nacional. La propiedad provincial sobre los ríos está explícitamente reconocida en el art. 125 (ex 107) de la Constitución, que habilita a las provincias para ejercer sobre las playas que atraviesan o limitan sus respectivos territorios, todos los derechos comprendidos en el dominio público, incluso el de transmitir a particulares, en determinadas condiciones, las cosas que constituyen la esfera propia de ese dominio" [206].

[204] Convención Nacional Constituyente de 1949, *Diario de Sesiones*, t. I, ps. 285 y 441.

[205] EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado...*, cit., t. II, ps. 731 y ss.

[206] Fallos 134:283.

UNIVERSIDAD CATÓLICA BIBLIOTECA

7. Posibilidad de crear nuevas provincias

La norma del art. 13 debe relacionarse con el art. 5° que garantiza la integridad de las instituciones provinciales y también con el art. 75, inc. 15 que de manera muy específica señala que corresponde al Congreso 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.

La forma federal de Estado adoptada por la Constitución Nacional en el art. 1° no admite la separación o "secesión" de ninguna provincia, derecho que sólo existe en las confederaciones [207], pero, en cambio, la Constitución sí admite la incorporación de nuevas provincias, ya sea por agregarse a nuestro territorio, parte del territorio de otro Estado soberano (art. 13, párr. 1°) o por transformación en provincias de los territorios nacionales, o bien por crearse nuevas provincias dentro del territorio de las provincias "originarias" de la Constitución. Los dos últimos supuestos requieren de la intervención del Congreso federal, pero, además, el último supuesto requiere de la conformidad de la o las legislaturas provinciales cuyos límites o territorios se modifiquen.

Bidart Campos señala que si se tratara del primer supuesto, es decir de la incorporación de parte de un Estado extranjero, podría darse el caso de un pacto o acuerdo internacional, fundándose en la parte final del art. 121 que hace referencia a los poderes que las provincias se hubieren reservado por pactos celebrados antes de la Constitución. Si bien ese artículo hace una referencia expresa al Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859 y a los derechos que expresamente reservara la provincia de Buenos Aires previos a la reforma de 1860, ese criterio no podría ser dejado de lado en el caso de una nueva anexión internacional como fue el referido tratado entre la Confederación y Buenos Aires, que en aquellos tiempos eran dos estados independientes [208].

El supuesto que más se ha dado en nuestra práctica constitucional ha sido la transformación provincial de antiguos territorios nacionales, con la debida intervención del Congreso. La creación de nuevas provincias se realiza en igualdad de *status* que las catorce provincias originarias de la Constitución histórica y a ellas les alcanzan en igual medida las normas a las que hemos referido anteriormente.

Para los autores que, como Bidart Campos, consideran que las provincias son anteriores al Estado federal, tal circunstancia se circunscribe a las

[207] SPOTA, Alberto A., *Confederación...*, cit.

[208] BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, cit., t. I, p. 157.

catorce provincias históricas [209], en tanto que para otros autores que oportunamente referimos, como el caso de Spota, desde el punto de vista jurídico todas las provincias nacen de la Constitución federal, porque el poder constituyente provincial es poder constituyente derivado o de segundo grado [210].

La necesidad de que las provincias presten consentimiento para cualquier modificación territorial obedece a la garantía de su integridad institucional y territorial que se manifiesta tanto en el texto del art. 5° como en el art. 3°, respecto de la cesión del territorio para la Capital Federal.

[209] BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, cit.

[210] SPOTA, Alberto A., *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Plus Ultra, Buenos Aires.

CAPÍTULO VI

LA POBLACIÓN Y LOS DERECHOS

El elemento poblacional destaca en la Constitución de la Nación argentina por la amplitud de derechos y garantías atribuidos a los habitantes, ya sean ciudadanos o extranjeros, toda vez que la Constitución es una invitación abierta y generosa para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino.

A diferencia del elemento territorial que aparece poco definido al tiempo de sanción de la Constitución histórica siendo en definitiva remitido a la consideración del Congreso (art. 75, inc. 15), la población fue una materia central en el proyecto constituyente. Alberdi decía "gobernar es poblar" y el proyecto de la Generación del 37 consideraba como plan central de política la inmigración de trabajadores provenientes de los países de Europa Central, considerados los más aptos para labrar nuestras tierras y enseñar las ciencias y las artes (art. 25).

La Constitución no fue neutral en ese aspecto, sino que diseñó un programa inductivo de radicación de población, asegurando un régimen de libertad e igualdad de singular amplitud, que dio lugar al desarrollo de políticas generales de instrucción general y universitaria y al desarrollo económico y social. Los artículos que siguen en esta parte así lo demuestran, como así también los párrafos que siguen extraídos de las *Bases* de Alberdi.

1. Los derechos de primera generación

El art. 14 es uno de los más importantes de la Constitución y uno de los que más se conocen, dado que en él se enuncian los derechos de los que son titulares los habitantes. Se trata de derechos denominados "de primera generación" porque están comprendidos los habitualmente reconocidos en otras declaraciones de derechos muy propias de la aparición del Estado liberal de Derecho, como la denominada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia o la Declaración de Virginia o las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América.

La característica principal de esos derechos es la de ser individuales, propios del hombre por su condición de tal y que corresponden al hombre in-

dividual como sujeto de derechos, de allí que también corresponda su consideración como *derechos subjetivos*.

Otra consideración de los derechos constitucionales es su calidad de *ambivalentes o bifrontes* en tanto se ejercitan ya sea frente al Estado o frente a los demás individuos. Otra característica fundamental es que los mismos no tienen carácter absoluto sino que son *relativos*, conforme lo expresa la primera parte del art. 14 y que es de gran importancia cuando dice que los derechos se ejercen "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio" siendo el legislador finalmente quien garantiza su ejercicio, aunque la reglamentación legal debe ser *razonable* de manera de no alterar la esencia o el espíritu de los derechos garantizados en la Constitución. De la relación entre esa parte del art. 14 y el art. 28 surge la enunciación del denominado "principio de razonabilidad", de gran importancia en la interpretación de la Constitución.

Por otra parte, la enumeración de derechos civiles del ciudadano que hace este artículo y los que le siguen, no debe considerarse taxativa o exclusiva, toda vez que existen también los derechos "no enumerados" o "implícitos", que surgen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, conforme lo señala el art. 33, CN, siguiendo a la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos.

Los derechos de "primera generación" engloban tanto a los derechos civiles como a los derechos políticos; siendo condición necesaria de estos últimos no solamente la calidad de "habitante" de la Nación sino, en particular, el *status* de ciudadano, que tiene el requisito de haber nacido en el territorio argentino y haber alcanzado la edad fijada por la ley, o bien haber adquirido la correspondiente "carta de ciudadanía" argentina. Fuera de tal requisito los derechos políticos no son solamente los electorales (art. 37) o de los partidos políticos (art. 38) o de participación (arts. 39 y 40), sino aquellos que puedan tener una finalidad política como el de peticionar a las autoridades o el de asociarse con fines útiles, aquí enumerados (art. 14).

Más allá de que el art. 33, como más arriba se dijo, permitía considerar la existencia de derechos no enumerados, como el derecho a la vida o el derecho de reunión (que muchos gobiernos *de facto* prohibieron por no figurar escrito), es de señalar que la nómina de derechos constitucionales se ha ampliado notablemente con la firma, por parte de nuestro país, de tratados internacionales sobre derechos humanos o derechos fundamentales, que ampliaron el catálogo de protección de los derechos. Ello tanto más desde que la reforma constitucional de 1994, en el art. 75, inc. 22, concedió "rango constitucional" a tales tratados allí enumerados, entre los que figuran la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los derechos enumerados y no enumerados tienen todos igual jerarquía, cualquiera sea el tipo de norma en que estén enunciados, sean *operativas* o *programáticas*, vale decir si se pueden hacer valer por sí solos o si requieren de una ley como condición de vigencia. En general, los derechos civiles y políticos son operativos, en tanto que los económicos, sociales y culturales (enumerados principalmente en el art. 14 bis) requieren de normas programáticas. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha considerado que bajo la regla interpretativa de la unidad constitucional, las normas y los derechos tienen igual valor y efecto.

Sin embargo, el profesor Miguel Ángel Ekmekdjian sostuvo la tesis de la "jerarquía de los valores", de modo que más allá del valor idéntico de las normas en donde estén contenidos como fundamento jurídico, el intérprete del derecho, sea en su caso el legislador, pero principalmente los jueces al decidir, deben ponderar el mayor valor de un derecho por sobre otro, así por ejemplo, el derecho a la vida tiene más importancia que el derecho de propiedad. Para Ekmekdjian el primer lugar en la jerarquía de valores lo ocupa el derecho a la dignidad, aun antes que el derecho a la vida [211].

Dos grandes acontecimientos del siglo XVIII, la independencia de los Estados Unidos de América y la Revolución Francesa, ejercieron influencia en la lucha por la libertad en América latina. A esto debe agregarse un acentuado movimiento de renovación de las ideas filosóficas y políticas que rápidamente tuvieron expansión en todo el mundo civilizado. De ese modo, la Constitución de 1853 respondió al momento histórico en que fue sancionada. Fue la culminación de las aspiraciones políticas y la coordinación de algunos pensamientos como los de Urquiza, Sarmiento y Mitre. Es importante, asimismo, destacar que existieron proyectos concretos que influyeron directa o indirectamente en el constituyente de 1853, como, por ejemplo, el elaborado por Pedro De Ángelis en 1852, el Esbozo de José Benjamín Gorostiaga, las *Bases* y el Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi y la obra de Mariano Fragueiro que también influyó en los aspectos económicos.

Los derechos se encuentran enumerados, principalmente, en el art. 14, CN, que reza expresamente: *"Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender"*. La fuente inmediata del art. 14 es el art. 16 del Proyecto de Alberdi que fue tomado casi textualmen-

[211] EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado...*, cit., t. I, comentario art. 14.

te, con las siguientes diferencias: el ilustre tucumano no calificaba *ilícito* el ejercicio de la industria, y esto era lógico toda vez que el derecho no puede permitir lo ilícito. Por otra parte, Alberdi entendía que el derecho de entrar y salir del país era sin pasaporte y se preveía el derecho de reunión, una omisión del constituyente que trajo consecuencias en períodos de privación de las libertades constitucionales. El derecho de asociación lo era para Alberdi con "fines lícitos" y no con "fines útiles", como quedó sancionado en la Constitución.

Cuando hablamos de derechos de "primera generación" nos referimos a aquellos directamente relacionados con el sujeto titular. Se diferencian así de los derechos de "segunda" y de "tercera" generación. Los de segunda generación se identifican con los derechos del constitucionalismo social y son aquellos que corresponden por integrar un grupo determinado, como, por ejemplo, los trabajadores. Los de tercera generación son mucho más recientes y tienen base social más amplia en cuanto a su pertenencia, como el derecho a la paz, al ambiente, etc. A los últimos se los suele denominar también "derechos difusos". Los derechos de primera generación se identifican con el constitucionalismo demoliberal originario de la Constitución de 1853 y son principalmente los mencionados en el art. 14; los de segunda generación se identifican con el Estado social de Derecho y fueron incorporados por la reforma de 1957 que introdujo el art. 14 bis; en tanto que los derechos de tercera generación surgen principalmente de lo dispuesto en el art. 43, CN, cuando al consagrar la acción de amparo menciona a "los derechos de incidencia colectiva en general".

La libertad económica es, de todas las garantías constitucionales, la más expuesta a los atropellos de la ley. Se llaman libertades económicas: la libertad de comercio, la libertad de navegación, la libertad de trabajo, la de locomoción, la de tránsito, la de usar y disponer de su propiedad [212].

1.1. Derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita

En sentido lato, trabajar significa el derecho de toda persona de elegir libremente la actividad que desee realizar, disfrutando del rendimiento económico que su actividad le genere; pudiendo realizar esa actividad por cuenta propia y en forma independiente, o simplemente subordinado a un empleador. Si el hombre es fundamentalmente el sujeto activo o titular de ese derecho, nada obsta a que asociaciones, empresas o personas jurídicas desarrollen actividades equiparables al trabajo y que, en tal sentido, sean también titulares de ese derecho. Por otro lado, el Estado tiene la obligación de crear un régimen social en el que todos los hombres puedan obtener medios de vida suficientes mediante el desempeño de su actividad.

[212] GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1938; LINARES QUINTANA, S. V., *Tratado...*, cit., ts. II, III y IV.

Alberdi entendía que organizar el trabajo no era otra cosa más que organizar la libertad; como libertad agrícola, libertad de comercio, libertad de industria. Entendía, al respecto, que la ley no podía tener más poder que el que determina la Constitución y que, por lo tanto, su intervención en la organización del trabajo no podía ir más allá de garantizar los beneficios de la libertad, la igualdad y la propiedad y seguridad, en favor del trabajo, añadiendo a estos principios solamente aquellos que sirvan a los intereses del trabajo industrial.

El ejercicio de la industria lícita tiene primordial importancia, toda vez que la industria representa un pilar fundamental del desarrollo económico, Como dijera Carlos Pellegrini: "sin industria no hay Nación". Ya en 1810, el primer economista argentino, Manuel Belgrano, escribía que ni la agricultura, ni el comercio serían casi en ningún caso lo que son si no entrasen como complemento de la industria. Alberdi proclamaba que ni la ley ni ningún poder podrían arrancar a la industria argentina su derecho a la libertad constitucional, agregando que el derecho al trabajo y a ejercer toda industria lícita era una libertad que abrazaba a todos los medios de la producción humana, sin más excepción que la industria ilícita, es decir, aquella que fuere atentatoria contra la libertad de terceros [213].

No obstante su autonomía, la libertad de industria es una forma de trabajar o de ejercer oficio y ampara toda actividad aplicada a obtener, transformar o transportar productos naturales con el objeto inmediato de producción y circulación de la riqueza. Abarca las distintas modalidades de la industria, así como también las actividades de esta índole que posibilitan el progreso y adelanto científico y tecnológico.

Como todo derecho individual dentro de nuestro régimen constitucional, la libertad de industria es de carácter relativo, conforme a que el art. 14 establece que los derechos se gozan "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio". Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación una industria *es lícita* cuando no es contraria al orden o a la moral pública o cuando no perjudica a terceros (conf. art. 19, CN).

En el fallo "Saladeristas de Podestá v. Municipalidad de Buenos Aires", de 1887, la Corte interpretó que la autorización de un establecimiento industria, está siempre fundada en la presunción de inocuidad de la misma y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esa presunción ha sido des-

[213] ALBERDI, Juan B., *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, en *Obras escogidas*, vol. IV, Luz del Día, Buenos Aires, 1954.

truida por los hechos, porque debe proteger la salud pública, contra la cual no hay derechos adquiridos.

En 1934, en el fallo "Swift y otros v. Gobierno nacional", la Corte ratificó el carácter limitado de la libertad de industria, afirmando que la Constitución consagra el derecho y no la libertad de ejercer industria lícita; como si el derecho pudiera limitarse más que la libertad, o si ambos términos no fueran equivalentes. No obstante esto, la misma Corte ha seguido ratificando la afirmación de que el derecho de ejercer industria lícita no impide que se reglen o limiten determinadas actividades por cuestiones de conveniencia general. En el fallo "Cine Callao", de 1960, también se consagraron limitaciones a la libertad de industria, convalidándose la validez de una ley que imponía a los empresarios de salas cinematográficas la carga de contratar artistas especiales.

Es menester también destacar que una nueva limitación concreta a la libertad de industria es la que establece el nuevo art. 42, incorporado a la Constitución Nacional en la reforma de 1994, y que establece: *"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.*

"Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios...".

La industrialización de la Argentina se origina contemporáneamente con la integración a la división internacional del trabajo del exitoso modelo agroexportador que comenzó hacia fines del siglo XIX y en el que se conforma un incipiente y adelantado sector industrial en el escenario latinoamericano. Con la ruptura de este modelo, a partir de la crisis de los años treinta, se profundiza el desarrollo industrial, ahora bajo las condiciones de un típico modelo sustitutivo de importaciones. Este estilo de industrialización se extiende hasta fines de los años setenta, cuando se instrumenta la versión de economía abierta de la escuela monetarista, que recrea un escenario con reglas de juego muy distintas, en el cual se modifica el lento pero progresivo sendero madurativo de la industria argentina [214].

Una de las cuestiones que ha ocasionado más debate en la Argentina de los últimos años es la referida a las leyes de promoción industrial, que han

[214] KOSACOFF, Bernardo - AZPIAZU, Daniel, *La industria argentina: desarrollo y cambios estructurales*, Cepal, Buenos Aires, 1989.

merecido la crítica de algunos autores como Ferrucci y Spisso, entre otros [215]. Tal crítica se ha fundado en el denominado "costo fiscal" de la promoción y en las supuestas situaciones de desigualdad que los sistemas de desgravación impositiva han generado entre distintas provincias o espacios territoriales del país. Compartimos sólo parcialmente esas críticas por entender que las mismas se han fijado más en los efectos que en las causas y han producido injustas generalizaciones. Es cierto que los últimos sistemas de promoción industrial, aplicados en el país, generaron distorsiones, esto ocurrió principalmente con las provincias de la denominada "acta de reparación histórica" (La Rioja, Catamarca, San Juan y, sobre todo, San Luis), que por leyes nacionales se beneficiaron de regímenes de promoción industrial que tuvieron como principal beneficio la desgravación del impuesto al valor agregado sobre la compra de insumos o materias primas fuera del área promovida ("IVA-Compras"). Esa circunstancia producía una verdadera distorsión, cual era que cuanto menor era el proceso productivo incorporado en la fase final de industrialización, mayor era, en términos proporcionales, el beneficio recibido. Se habló entonces de las "fábricas con rueditas" en razón de que muchas plantas se trasladaron a los parques promovidos en busca de los beneficios de la promoción industrial.

Pero esa irracionalidad no se debió a la promoción industrial en sí misma sino a la propia irracionalidad de seguir políticas de promoción con instrumentos técnicos equivocados y distorsivos (como el "IVA-Compras"). Descalificar, por esos motivos, a la promoción industrial en términos genéricos equivale a renunciar de antemano a una herramienta fundamental de la política industrial, cual es la promoción de la misma, que, por otra parte, es un objetivo constitucional enunciado en los incs. 18 y 19 del art. 75 de la Constitución. Así como existió el mal ejemplo citado, ocasionado en malas políticas, también existen ejemplos suficientes en sentido contrario en nuestra historia, donde la denominada "cláusula del progreso" ha sido fuente de progreso y desarrollo, como así también lo demuestran los ejemplos del derecho comparado donde existen políticas especiales y diferenciadas para favorecer el desarrollo industrial, como ocurre con la Unión Europea, donde existen políticas especiales de apoyo a la pequeña y mediana empresa y a las áreas de menor desarrollo relativo.

Si se recorren los distintos proyectos de estatutos y constituciones elaborados por los distintos gobiernos de nuestra historia a partir de la Revolución de Mayo, se observará que desde los primeros tiempos aparece en los textos la concesión de "privilegios" a los "establecedores de fábricas, artes

[215] FERRUCCI, Ricardo, *La promoción industrial en Argentina*, Eudeba, Buenos Aires; SPISSO, R., *Derecho...*, cit.

e industrias útiles" (Comisión designada por el Segundo Triunvirato, 1813). De ahí en más tal gracia o prerrogativa figura sin exclusiones hasta hoy en la Constitución Nacional, como ocurre con los ya citados incs. 18 y 19 del art. 75. No puede reducirse la cuestión a una óptica meramente fiscalista o tributaria, ya que aunque la misma pueda parecer válida, no deja de constituir una visión parcial. La República Argentina no es homogénea en términos de desarrollo. No es necesario argumentar demasiado para demostrar que existe una "cabeza de Goliat", que incluye a Buenos Aires y el gran Buenos Aires, y un cuerpo débil, donde la falta de políticas regionales redunda en una tendencia implícita: mayor concentración y densidad territorial en el país "central", migraciones urbanas hacia Buenos Aires y empobrecimiento del interior. Es por eso que el mandato constitucional no puede soslayarse con relativismo y debe ser colocado en su quicio.

1.2. Derecho de navegar y comerciar

Se entiende por "producción" no solamente la creación de una cosa que carecía de existencia, sino también su transformación a través de la industria que la hace apta para satisfacer alguna necesidad humana, adquiriendo en consecuencia un valor. En el mismo sentido, el comercio contribuye a la producción en el mismo grado que la agricultura y las máquinas, aumentando el valor de los productos por medio de su traslación. En nuestro continente americano, el término comercio está directamente relacionado con la idea de civilización, toda vez que la Constitución lo protegió especialmente ante la opresión que sufriera durante el régimen de monopolio colonial. El derecho de navegar y comerciar había sido y podía ser anulado por restricciones excepcionales puestas a la libertad de salir y de entrar, de permanecer y de circular en el territorio, que no es más que un accesorio importantísimo de la libertad comercial. La Constitución hace imposible este abuso, consagrando en el art. 14 el derecho en favor de todos los habitantes de la Nación de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino.

Este principio podía ser anulado por exclusiones de banderas en la navegación de nuestros ríos interiores y costas marítimas. Para que la navegación interior tenga un sentido real y una existencia verdadera, el art. 26 de la Constitución ha declarado que la navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad municipal.

El comercio, la navegación, la circulación en el interior, declarados libres por principios de derecho constitucional, podían ser y habían sido atacados durante la revolución republicana por reglamentos provinciales que establecían contribuciones de aduanas interiores. La Constitución ha querido hacer imposible esta mistificación de libertad comercial, declarando cuatro veces que el comercio y la navegación interior no pueden ser gravados con ningún género de imposición. Los arts. 9°, 10, 11 y 12 de la Constitución son cuatro versiones de un mismo precepto: la libertad comercial. Esas libertades aseguradas al comercio y a la navegación son sumamente importantes para la producción de la riqueza argentina, porque se reconoce en la industria comercial su más rico y poderoso afluente. Cuando decimos que la libertad es un medio y una condición de la producción económica, queremos decir que la Constitución impuso al Estado no intervenir con leyes ni decretos restrictivos en el ejercicio de la producción o industria comercial o marítima [216].

Para Zarini, el derecho de navegar sería otra modalidad de la libertad de trabajo, además de constituir una posibilidad de poder ejercerlo por deporte o por placer [217]. El derecho de navegar que surge de los arts. 14 y 26, CN no se limita a trasladarse por el agua, sino que también incluye el equipar un buque o artefacto naval y el explotarlo comercialmente.

El derecho de comerciar comprende el ejercicio de la intermediación en la circulación e intercambio de bienes y servicios de cualquier tipo, ya sea en forma profesional o no.

Corresponde a la Nación dictar la legislación de fondo en la materia (conf. art. 75, inc. 12, CN), así como reglamentar y gravar impositivamente el comercio internacional e interprovincial, conforme al art. 75, inc. 13. En tanto que corresponde a las provincias gravar impositivamente el comercio dentro de sus respectivos territorios, cuidando de no interferir en la libre circulación de los bienes.

Dentro del derecho de ejercer el comercio está implícito el de contratar. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Ercolano v. Lanteri de Renshaw", fallada en el año 1922, reconoció al Estado la potestad de "regular" el comercio "con el propósito de librar al público de opresiones o tiranías de orden económico, en protección de intereses vitales de la comunidad". En sentido inverso a la doctrina del fallo mencionado marcha el decreto de necesidad y urgencia 2284/1991, de "desregulación" de la actividad económica.

La libertad de contratar ha sido especialmente considerada en el art. 11, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los arts. 13, 15 y 16, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, donde se propugna que los Estados adopten las medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en las esferas de la vida eco-

[216] ALBERDI, Juan B., *Sistema...*, cit.

[217] ZARINI, Helio J., *Constitución argentina. Comentada y concordada*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

nómica y social a fin de asegurar las condiciones de igualdad entre varones y mujeres. En consonancia con estos principios internacionales, es menester señalar que el Código Civil de la República Argentina ha eliminado las incapacidades jurídicas que afectaban a la mujer casada, equiparando en un mismo plano la situación de hombres y mujeres para contratar y obligarse comercialmente.

1.3. Derecho de asociarse con fines útiles

Los puntos anteriores están íntimamente relacionados con el objetivo de poblar el territorio de la Nación. Para Alberdi "gobernar es poblar". Es por eso que los arts. 14 a 20, CN conforman un verdadero sistema protector de la inmigración espontánea y del aumento de la población en general, que debe relacionarse con el art. 25 que fomenta la inmigración europea y con el mencionado inc. 18 del art. 75 o "cláusula del progreso", además de la cláusula del Preámbulo que declara sus objetivos *"...para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino..."*.

La libertad de asociación, aplicada a la industria, es uno de los resortes más importantes que reconoce la producción moderna, y es, en nuestra República, garantía del único medio para poder llegar al logro de la construcción de ferrocarriles, de promover la inmigración europea. Esta libertad de asociación supone el ejercicio de las otras libertades económicas porque sin ellas ¿para qué serviría la libertad de asociación en materia industrial? [218].

A diferencia del derecho de reunión, en el que se vinculan transitoriamente varias personas, el de asociación implica lazos permanentes porque tiene en mira fines diversos. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines útiles, sean éstos deportivos, religiosos, sociales o económicos, justamente con este último interés es que guarda mayor relación la libertad de iniciativa en materia económica porque una asociación con fines económicos es una de sus aplicaciones prácticas más importante y frecuente, sin desmerecer por ello a otros tipos de asociaciones. El derecho de asociarse presenta un aspecto positivo y otro negativo. Su aspecto positivo es el de formar una asociación o el de ingresar en una ya constituida, mientras que el negativo es el de negarse a integrar una asociación, siendo que ninguna forma coactiva de asociación es constitucional.

Los "fines útiles", a que la Constitución se refiere, son aquellos que no están prohibidos, ni son contrarios al orden público, ni afectan derechos de terceros, porque bien podría ocurrir que existan fines que puedan considerarse útiles para los asociados y reprochables moralmente o directamente ilícitos.

[218] ALBERDI, Juan B., *Sistema...*, cit.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó la calificación de "fin útil" por parte de la Administración, al pronunciarse rechazando el recurso extraordinario interpuesto contra la denegatoria de la personería jurídica a la "Comunidad Homosexual Argentina", dispuesta por la Inspección General de Justicia y confirmada por la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones. En tal oportunidad dijo la Corte que "...la resolución por la cual el Poder Ejecutivo, sin arbitrariedad y con explícita enunciación de las razones que deciden su juicio, deniega la autorización necesaria para constituir una sociedad... por considerar que su objeto es contrario al interés público, no es susceptible de ser revisado por el Poder Judicial mientras no se demuestre que importa una violación de los derechos y garantías constitucionales...". Sigue argumentando el voto mayoritario que la decisión de la Inspección General de Justicia, en el sentido de que la entidad recurrente no tiene por principal objeto el bien común, contiene argumentos de suficiente entidad que descartan la tacha con que se la pretende descalificar ya que "...el estatuto social de la recurrente incluye no solamente la protección de las personas homosexuales frente a discriminaciones arbitrarias, sino también a la pública defensa de la homosexualidad en sí misma considerada, con vistas a su aceptación social...". Por todo ello coincide con la decisión del tribunal inferior en cuanto a que los objetivos de la Comunidad Homosexual Argentina no se compadecen con el bien común, y por ende es correcto que no se le haya otorgado la personería, estimando que los argumentos de la denegatoria son razonables e insusceptibles de ser descalificados.

Por su parte, los votos de los Dres. Belluscio y Boggiano realizan una interpretación del "fin útil" del art. 14, CN, remitiéndolo a la idea de "bien común" como objetivo principal de la asociación.

Las asociaciones contempladas en el art. 14, CN son las civiles y comerciales y no aquellas que tengan fines políticos y a las que concretamente refiere el art. 38, CN, después de la reforma de 1994.

Las asociaciones pueden o no tener personería conforme lo exija la ley. La personería jurídica de las asociaciones es un registro legal con determinación de sus finalidades, para poder asumir la responsabilidad de los actos que realizan. Hay asociaciones que tienen su personería derivada de la propia Constitución, y por ese motivo deben ser consideradas de carácter necesario, como la familia, los partidos políticos, los gremios y las comunidades indígenas.

No viola la libertad de asociación la obligación impuesta por la ley en cuanto a que los profesionales deban estar colegiados para poder trabajar. La Corte ha sostenido, en tal sentido, que los colegios profesionales no son entes privados sino entes públicos no estatales que cumplen en subsidio del Estado una función gubernamental, legalizando la restricción del derecho en función del interés público que está en juego: el control del desempeño de los profesionales. Caso "Colegio Médico de Santa Fe", ratificado en el caso

"Ferrari, Alejandro v. Gobierno nacional", donde la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó lo decidido por el juez de primera instancia y rechazó la acción de amparo instaurada por el actor con el objeto de obtener la inconstitucionalidad de la ley 23.187, que estableció la colegiación obligatoria de abogados para la Capital Federal. En la oportunidad, la Corte reiteró su doctrina acerca de la constitucionalidad de la reglamentación por el Estado de las profesiones liberales. Se interpretó, en tal sentido, que el Colegio Público de Abogados no era una asociación en los términos del art. 14, CN, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos derivados del Estado, como es en el caso el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de los abogados de la Capital Federal como auxiliares de la administración de justicia. Por idénticas consideraciones también se distinguió el mencionado Colegio de las asociaciones gremiales contempladas en el art. 14 bis de la Carta Magna [219].

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su art. XXII que "Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier orden". La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en el art. 20: "1. Toda persona tiene derecho de libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en el art. 22: "1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía". Por su parte, el art. 16, Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: "1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y

[219] Corte Sup., 26/6/1986.

aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía".

1.4. Derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio

Se trata del derecho constitucional que tiene todo individuo de domiciliarse o radicarse donde mejor lo considere; de cambiar su domicilio, trasladarse, circular de un lugar a otro o salir del país. Se lo conoce como la libertad de locomoción o ambulatoria y está íntimamente vinculado con la libertad física o corporal. Como el resto de los derechos, puede ser razonablemente reglamentado por las leyes. Se trata de un derecho que, además, sufre una fuerte disminución durante la vigencia del "estado de sitio" (art. 23, CN), a consecuencia de las facultades constitucionales que en tal emergencia se conceden al presidente de la Nación.

El Estado está facultado para reglar, controlar y condicionar la entrada y admisión de extranjeros, y aun de expulsarlos, siempre que en este último caso se observen los recaudos del debido proceso. También se encuentra estrechamente relacionado con el denominado "derecho de asilo", que consiste en el derecho de un extranjero de ingresar a la República y fijar su residencia en ella cuando en su país fuere perseguido por motivos políticos, religiosos, raciales, etc., y no esté sometido a acción judicial por delitos comunes. El asilo territorial está vinculado con el derecho internacional y su importancia es tal que ha servido para asegurar no sólo la libertad, sino también para salvar la vida de personas perseguidas por sus ideologías y opiniones políticas. El derecho de asilo se encuentra como derecho "no enumerado" en el art. 33, CN y está expresamente contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 de las Naciones Unidas y por el Pacto de San José de Costa Rica, que tienen "jerarquía constitucional", conforme a lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, Constitución reformada en 1994.

Otra relación que existe entre la libertad de locomoción y de domicilio está relacionada con la extradición. Significa que queda librada a las leyes y al criterio de un país aislante la decisión sobre la extradición que otro país pueda requerir a un Estado que ampara a personas, cubriéndolas con la inmunidad de su jurisdicción. En el ámbito internacional, la extradición es objeto de tratados entre distintos Estados y su fundamento radica en el interés común de todos ellos en cuanto a que los delincuentes sean juzgados por el país a cuya jurisdicción compete conocer los hechos delictuosos, respetando los derechos y garantías del imputado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 30/4/1996, en el caso "Liendo Arraiga, Edgardo s/extradición", decidió no dar curso al pedido de extradición y declarar la nulidad de lo actuado. El argumento del voto mayoritario se concretó básicamente en el considerando tercero, donde se

dice: "...es doctrina reiterada de esta Corte que la procedencia de la extradición cuando existe tratado, está condicionada al cumplimiento de las exigencias formales y requisitos prescriptos por él en tanto que la reciprocidad y la práctica uniforme de las naciones sólo son invocables (o discutibles) a falta de tratado...".

La libertad de circulación adquiere singular importancia frente al fenómeno económico de la globalización y de los espacios económicos integrados.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su art. VIII que "Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad". La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en el art. 13: "1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas dispone en el art. 12: "1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto". En la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se establece en el art. 5° "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el art. 3° de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: ...d) Otros derechos civiles, en particular: i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado; ii) El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país...". En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 22 (Derecho de circulación y residencia) dispone: "1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inc. 1° puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público. 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo. 6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no el de origen, donde su derecho a la vida o la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros". En la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se lee: "Art. 15: ...4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio".

1.5. El derecho a la educación

Si bien la reforma constitucional no ha establecido expresamente la existencia de un derecho a la educación, ha incluido en el texto constitucional un párrafo que establece ciertas determinaciones al derecho de aprender, establecido puntualmente por el art. 14, Constitución de 1853.

El nuevo texto establece: 1) el derecho de la familia y de la sociedad a participar en el proceso educativo; 2) el derecho a una igualdad de oportunidades y de posibilidades en la educación; 3) el derecho a una educación pública, gratuita y equitativa.

Respecto del primero de estos derechos, se trata del reconocimiento explícito del derecho de las familias a tener parte activa en la educación de los hijos, reconocido expresamente por el art. 26, Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece: "1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

"2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la

amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

"3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos".

La vida del hombre no se puede desarrollar sino en su ámbito natural, de la familia y, por ende, proteger la familia es proteger la vida misma. El papa Juan Pablo II ha expresado que "...mientras nos preocupamos justamente, aunque mucho menos de lo necesario, de preservar los *hábitat* naturales de las diversas especies animales amenazadas de extinción, porque nos damos cuenta de que cada una de ellas aporta su propia contribución al equilibrio natural de la tierra, nos esforzamos muy poco por salvaguardar las condiciones morales de una auténtica 'ecología humana'... la primera estructura fundamental a favor de la 'ecología humana' es la familia..." [220].

El derecho a la educación está sujeto a reglamentación legal, como todo derecho. La Constitución ha señalado las pautas básicas de la organización, así habla de educación primaria (arts. 5º y 23), de instrucción general y universitaria (art. 75, inc. 18), de autarquía y autonomía de las universidades nacionales (art. 75, inc. 19), de desarrollo científico y tecnológico y de la educación aplicada, particularizada, local (art. 75, inc. 19). La ley reglamentada es la Ley Federal de Educación 24.195 que abarca un muy amplio espectro de los aspectos educativos.

La gratuidad funcionará en la medida en que sea equitativa. Se trata de un principio orientador que no aparece en términos absolutos sino enunciado de manera flexible como objetivo a alcanzar e implica la aplicación pragmática de los principios de solidaridad y justicia social, pudiéndose establecer contraprestaciones en forma directa o indirecta, según la situación particular del titular del derecho a aprender; en tanto el concepto de equidad se refiere a la justicia del caso concreto.

El concepto de autonomía universitaria implica gobernarse a sí misma, así como el otorgamiento de potestades que son inherentes al órgano, propias y originarias de él, nacidas concomitantemente con éste. En el caso de las universidades privadas reconocidas legalmente, habilitadas por el Estado, son depositarias desde tal momento del carácter autónomo. La autonomía es propia del sistema universitario argentino, de forma que la propia Ley de Educación Superior reconoce la mencionada autonomía como un derecho de todas las instituciones universitarias.

En un interesante artículo señala Vanossi [221] que no hay dudas en la afirmación de que la libertad religiosa supone un triple desenvolvimiento, a

[220] Encíclica *Centesimus Annus*.

[221] VANOSSI, Jorge R., "A propósito de la libertad religiosa y de los límites constitucionales del pluralismo", ED 90-579.

saber, la "libertad de conciencia" (de creer o no creer lo que se quiera), la "libertad de expresión" de esa creencia o anticreencia (que comprende la libertad de prensa y otros medios afines) y la denominada "libertad de culto", que abarca todo lo necesario para practicar la religión, o sea, el ejercicio habitual de la libertad de reunión, de asociación y de otros derechos afines. Ya hemos señalado que en la doctrina clásica de los constitucionalistas siempre se sostuvo que la libertad de conciencia no implica de por sí la libertad de culto, pero sí a la inversa. O sea, la libertad de culto supone la libertad de conciencia.

También hemos señalado que siempre se ha dicho que la libertad de culto es reglamentable por medio de leyes, toda vez que siendo la exteriorización de un derecho es materia regulable por el poder de policía del Estado en cuanto a su ejercicio, como los demás derechos.

Sin embargo, y a decir de Vanossi, una mayor penetración del problema nos sugiere que no es fácilmente alcanzable la pretendida separación en materia de culto y la negación del poder del Estado en materia de creencias religiosas, ya que al constreñirse el ejercicio del culto mediante prohibiciones puede tornarse ilusoria la realización de la conciencia.

De modo tal que Vanossi también amplía el ámbito del derecho de conciencia y de la libertad religiosa como una expresión del mismo; pone para ello el acento en el "pluralismo", el cual incluye el respeto por la pluralidad confesional, en cuyo sostén cabe citar una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el caso "Ballard", del año 1943. "...la relación del individuo con su Dios no es una cuestión que deba interesar al Estado, se concedió al hombre el derecho a venerarlo como estime conveniente, ni que haya que acreditar ante nadie la certeza (y las modalidades) de sus creencias religiosas...".

2. Ciudadanía y naturalización

La norma del art. 20, responde a un verdadero plan de gobierno de los constituyentes de 1853 que siguieron el lema de Alberdi "gobernar es poblar". La fuente es el art. 21 del proyecto del ilustre tucumano que siguió en sus grandes lineamientos aunque aquél era más reglamentario. Debe relacionarse el art. 20 con el art. 25 que promueve la inmigración europea y con el art. 75, inc. 12 que promueve la ciudadanía sobre la base del principio natural del territorio (*ius soli*), todas esas normas se amparan en el principio preambular que invita a habitar el territorio argentino a "todos los hombres del mundo", por eso no caben dentro de nuestro derecho constitucional al-

gunas iniciativas de carácter xenófobo, especialmente en materia de legislación sobre migraciones.

Es de lamentar que fundándose en problemas de orden económico y sobre todo en razones de capacidad de mano de obra, muchos países en distintas partes del mundo, aun dentro del mundo "desarrollado" inciten políticas migratorias discriminatorias.

Totalmente distinto era el espíritu del inspirador de nuestra Constitución, quien sostenía criterios universalistas acerca del derecho de gentes y de las relaciones entre las naciones, llegando a condenar entre sus obras, el "crimen de la guerra".

Nuestra Constitución otorga a los extranjeros los mismos derechos civiles que los habitantes y aún más puesto que no los obliga a armarse en defensa de la Patria como lo establece el art. 21 para todos los ciudadanos argentinos. La concesión de los derechos civiles no incluye los "derechos políticos" que corresponden con exclusividad a los ciudadanos argentinos, excepto cuando se trate de la elección de cargos públicos que no requieran la ciudadanía, como es el caso de los concejales municipales en algunas provincias.

La legislación generosa, que derivó del art. 20, permitió que la Argentina, a principios del siglo XIX, recibiera una gran masa de inmigrantes proveniente de Europa, especialmente de Italia y España, que se radicara y fuera conformando nuestra población, incorporando a los extranjeros a la forma de vida nacional a través de las oportunidades de trabajo, la educación pública, y los derechos concedidos por la Constitución. Los censos de población demuestran cómo la misma crecía vertiginosamente dando razón al plan de Alberdi y demostrando cómo a veces las normas —aun las constitucionales— pueden anticiparse a la realidad y ser eficientes.

Los extranjeros mayores de 18 años que residan en la República dos años continuos tienen derecho a solicitar su nacionalización como argentinos. El trámite de la naturalización se efectúa ante la Justicia Federal. Las circunstancias de edad y extranjería deben ser acreditadas con la cédula de identidad otorgada por la Policía Federal, o con el pasaporte de su país, visado por el cónsul argentino del lugar (ley 16.801) o por prueba supletoria. La exigencia de residencia en el país durante dos años no puede ser ampliada por la ley, ni menos aún por decretos o resoluciones administrativas. La Constitución autoriza a acortar esos dos años de residencia, alegando y probando servicios a la República. Ello está reglamentado en la ley 346 [222].

La ley 24.951, modificatoria del art. 11 de la ley 346, ha establecido que no podrá negarse la ciudadanía por razones políticas, ideológicas,

[222] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución argentina comentada*, Zavalía, Buenos Aires, art. 20, p. 130.

gremiales, religiosas o raciales. Tales principios, también afirmados por los tratados de derechos humanos que combaten la xenofobia y toda forma de discriminación, contrarían el recuerdo de la ley de residencia y de expulsión de extranjeros vigente a principios del siglo XIX a raíz de los sucesos llamados de la "semana trágica".

La naturalización coloca al extranjero en la misma situación que el nacional en cuanto a derechos, sobre todo en relación con el ejercicio de los derechos cívicos, políticos y electorales. En relación con los derechos civiles, ya disponía de ellos en su condición de habitante (art. 20). Sin embargo esta equiparación no puede ser considerada en forma absoluta. Si la ley considera que determinados cargos sólo pueden ser ocupados por nativos, o que determinados predios ubicados en zonas de frontera sólo pueden ser adquiridos también por nativos, la Corte ha considerado que dichas restricciones a los derechos de los naturalizados son razonables, no estableciéndose con finalidad persecutoria o de hostilidad (caso "Radulescu", Fallos 290:83).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que los residentes no nacionales deben ser considerados de manera igual que los habitantes en los términos del art. 14, CN (casos "Bunge", Fallos, 186:421 y "Sheperd", Fallos, 212:493), habiendo más tarde aclarado que ello es así siempre que el extranjero hubiera ingresado legalmente (Fallos 302:604). En el caso "Lino Sosa" entendió, sin embargo, que aun el ingresado de manera ilegal tenía el derecho constitucional al "debido proceso" (art. 18, CN).

Año	Población -en millones-	Censo Intercensal	Crecimiento por mil	Tasa anual
1869	1,737	I	-	28,5
1895	3,954	II	127,1	30,4
1914	7,954	III	99,4	34,8
1947	15,897	IV	101,6	20,4
1960	20,013	V	25,9	17,2
1970	23,364	VI	16,7	15,4
1980	27,862	VII	19,3	17,6

3. Fomento de la inmigración europea

El art. 25 complementa el plan constitucional diseñado por Alberdi cuyo centro se encuentra en el art. 20, al conceder una gran amplitud de derechos a los extranjeros. El artículo puede analizarse en dos partes. La pri-

mera que pone en cabeza del Estado la obligación de "fomentar" la inmigración de origen europeo, a quien los escritos de Alberdi consideraban mano de obra calificada no solamente para labrar la tierra sino también para enseñar y difundir las ciencias y las artes. La segunda parte del artículo se refiere a los inmigrantes de todas las nacionalidades, a quienes el constituyente no impone el deber de fomentar su ingreso aunque establece el principio constitucional de no restringirlo.

Spota señala que la Argentina no recibió el componente inmigratorio que Alberdi esperaba, en la proporción e importancia que hubiera deseado. Sin embargo, si en algún lugar de la tierra se creó una comunidad sobre la base de la igualdad de derechos civiles de la extranjería con los naturales, ese lugar fue la Argentina de 1853 a 1930 [223].

La primera ley de inmigración fue la 817, sancionada en 1876 durante la presidencia de Avellaneda. El art. 12 de la norma consideraba inmigrante "...a todo extranjero, jornalero, artesano, industrial, agricultor, o profesor, que siendo menor de sesenta años y acreditando moralidad y sus aptitudes, llegase a la República para establecerse en ella, en buques a vapor o vela, pagando pasajes de 2da., o 3ra. clase o teniendo el viaje pagado por cuenta de la Nación, de las provincias o de las empresas particulares protectoras de la inmigración o de la colonización".

La ley 817 fue derogada por la ley 22.439, cuyo art. 90 encomienda a la Dirección Nacional de Migraciones como organismo de aplicación del régimen de extranjeros en el país y lo faculta a ejercer el poder de policía en el territorio de la República.

El art. 25 debe relacionarse con el art. 75, inc. 18 y el art. 125 en cuanto establecen la atribución de dictar normas en materia de colonización de tierras públicas.

4. El constitucionalismo social

La incorporación de cláusulas de contenido económico y social es una de las características más definidas de la etapa del constitucionalismo que recibe comúnmente el nombre de "constitucionalismo social". En realidad, la aparición de las llamadas "constituciones sociales" no significó el nacimiento sino la jerarquización de la legislación social, pues en ese momento ya gozaban de rango normativo numerosas disposiciones de la misma índole: el paso final fue, precisamente, el de la incorporación de textos constitucionales, con jerarquía de ley suprema, de esas disposiciones referentes al ámbito económico y social.

[223] SPOTA, Alberto A., "Derechos civiles igualitarios a la extranjería", ED del 13/12/1993.

En Europa, esta novedad constitucional apareció al término de la Primera Guerra Mundial, en coincidencia con la transformación política e institucional de los países vencidos en la contienda y de algunos que se crearon con motivo del desmantelamiento de éstos. En Alemania quedó formalizada la incorporación de varias cláusulas económicas y sociales en la Constitución republicana, en ocasión de la Asamblea de Weimar, como resultado de las múltiples transacciones que se acordaron entre los diversos sectores que la componían. Las cláusulas sobre el trabajo, la propiedad, etc., fueron entonces el resultado de una trabajosa convergencia de criterios, superando así las gruesas oposiciones que sostenían las distintas corrientes de pensamiento.

Estos cambios se debieron a una evolución y transformación de la filosofía política, cuya dirección apuntaba al establecimiento de democracias sociales, con el apoyo de normas constitucionales que reflejaran los nuevos roles del Estado y las nuevas misiones de la sociedad.

A decir de Vanossi, el constitucionalismo social mantiene la génesis del "liberalismo constitucional", a través del reforzamiento del "garantismo", ya que no reniega del famoso art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), en cuanto a que la separación de poderes y la garantía de los derechos son presupuestos insoslayables de toda organización constitucional [224].

Este constitucionalismo social resulta ser la suma de dos expresiones que constituyen verdaderas conquistas de la era constitucional: la inserción de las cláusulas económicas y sociales y la denominada "racionalización del poder". Ambas eran interdependientes, no podían darse por separado, ya que una Constitución social que no contemplara los requisitos de la racionalización del poder no podía ser reconocida como instrumento democrático. Y, por otra parte, la Constitución que no contuviera cláusulas económicas y sociales era considerada un instrumento insuficiente e inadecuado para el gobierno social contemporáneo, colmado de necesidades provenientes de los sectores más necesitados.

Del constitucionalismo clásico al constitucionalismo social mediaba todo un cambio en la sociedad: industrialización, hondo proceso de masificación, politización, migraciones y hacinamientos urbanos, crisis económicas, etc. Con el transcurso del tiempo quedaría registrada una doble transformación, a nivel del Estado y a nivel de los derechos de las personas: consistía en el tránsito del Estado abstencionista al Estado intervencionista, por un lado, y en la complementación de los derechos individuales con el surgimiento de los derechos sociales, por el otro.

[224] VANOSSI, Jorge R., *El Estado...*, cit.

Mientras que en la fisonomía clásica del Estado liberal no se concebían para éste otras funciones más que las propias del aseguramiento del orden (concepto estrecho de "poder de policía": seguridad, salubridad, moralidad), a tal punto que el Estado, así limitado, era conocido con el nombre de "Estado gendarme"; en cambio, bajo la nueva situación, el Estado pasaba a ocupar un papel muy importante en la regulación de la vida social, migrada la desconfianza que tradicionalmente despertaban sus incursiones en campos ajenos a los de las reducidas competencias asignadas por las primeras constituciones (concepto amplio de "poder de policía": policía de la prosperidad y del bienestar). De un Estado pequeño y barato se pasaba a un Estado complejo y costoso, con nuevos órganos y nuevas funciones. La línea demarcatoria seguía existiendo —presupuesto básico de todo el constitucionalismo— pero su ubicación ya no era la misma: estaba "corrida" en dirección hacia el acrecentamiento de las funciones públicas.

Este complejo proceso ha recibido diversas calificaciones y denominaciones a lo largo del siglo XX; y así, en la faz de las transformaciones del Estado abundan las etiquetas al respecto: Estado de servicios sociales, Estado de Bienestar *(Welfare State)*, Estado benefactor de Derecho, Estado social de Derecho, etc. La denominación más tímida fue la utilizada en los primeros tiempos, cuando se hablaba de las funciones de fomento. Existe una clásica distinción entre "derechos individuales" y "derechos sociales", originados estos últimos en el "constitucionalismo social". De ella surge que los derechos individuales sólo requieren abstenciones del Estado mientras que los derechos sociales exigen prestaciones o servicios, principalmente por parte del Estado para que su goce sea posible.

Entre las circunstancias destacables de la etapa "social" del constitucionalismo no deberíamos prescindir de dos aspectos. El primero de ellos radica en el cambio total operado en torno de la tipificación teórica del salario, como consecuencia de una nueva idea en torno del trabajo humano. Es cierto que la llamada cuestión social no se redujo al problema de la remuneración, por cuanto abarcó todas las condiciones del trabajo y hasta incluyó el cuestionamiento del sistema de producción en sí.

Pero también es cierto que marca un hito en la sociedad industrial el momento de la novación de la naturaleza de la relación laboral y de su consiguiente obligación remuneratoria, a partir del reemplazo de la dura "ley del mercado" —en que el valor del trabajo estaba signado por el rigor del juego de la oferta y la demanda— por la noción progresista del "salario justo", el cual protege la satisfacción de las necesidades vitales del hombre y de su núcleo familiar. Es la Constitución de Italia la que brinda amplia consagración a esta verdadera "conquista" del derecho constitucional del trabajo humano.

Otro aspecto es el referido a la presencia protagónica de los "grupos intermedios" en la sociedad. No se trata simplemente del reconocimiento de su existencia y de la aceptación de las modalidades propias de su actuar. Se trata de algo más, concerniente al *status* derivado de su legitimación activa y pasiva en el ámbito de los derechos subjetivos y de los roles del Estado. En la sociedad industrial obtienen pleno reconocimiento los nuevos protagonistas (superada la amputación legal del derecho de asociación que había causado la Ley Chapellier): los sindicatos obreros, por obra del ejercicio del derecho de huelga, y en un proceso que marcha paralelo en su desarrollo al de la aceptación y difusión de otros "grupos intermedios" —pero de neta filiación política—: los partidos políticos, por obra del sufragio universal.

El constitucionalismo social representa, en definitiva, la versión jurídica del concepto de Estado social, de manera tal que el "constitucionalismo social" es al "Estado social" lo que el "constitucionalismo liberal" es al "Estado liberal de Derecho". Para Herman Heller, el Estado social de Derecho constituye una reacción del Estado de Derecho tradicional (liberal burgués) contra los totalitarismos populistas que lo acosaban, tanto por la izquierda como por la derecha.

Cabe también mencionar al pensamiento católico, el cual se expresó en el sentido del constitucionalismo social, a partir de la doctrina social de la Iglesia, especialmente desde la encíclica *Rerum Novarum*, donde aparecen con claridad los conceptos de "justicia social" y de "función social de la propiedad".

Entre nosotros, puede decirse que el constitucionalismo social ingresa con la reforma constitucional de 1957, que incorporó el art. 14 bis o "14 nuevo". Se trató de una reforma tan inconclusa que ni siquiera pudo definir la numeración de la nueva norma. Tal circunstancia tampoco pudo ser subsanada por la reciente reforma constitucional de 1994, debido a la prohibición de efectuar modificaciones a la primera parte establecida por la ley 24.309.

Es importante destacar que en el derecho público provincial encontramos numerosas constituciones teñidas de "constitucionalismo social". Dicho proceso se fue dando a través de dos oleadas: la primera después de la reforma de 1957, en el caso de las provincias "nuevas" que anteriormente constituyeron territorios nacionales (Chubut, Santa Cruz, La Pampa, etc.). La segunda oleada se produjo a partir de 1983, con la recuperación de la democracia, a través de la cual se afirmaron tanto los derechos de segunda generación como también los denominados derechos "de tercera generación".

La primera inserción de cláusulas de contenido social aparece en la Constitución de Tucumán de 1907, aunque con tibios enunciados y sin mayor explicitación doctrinaria del sentido y alcance de tales cláusulas. Posteriormente constituyó un paso adelante la Constitución de Santa Fe de 1921, pero esa norma no entró en vigencia hasta 1932 y sólo rigió hasta 1935. Puede

decirse, entonces, que la primera formulación importante tuvo lugar con la Constitución de San Juan de 1927, que, entre otros aspectos, hacía referencia a la jornada de trabajo, al salario mínimo, a los seguros contra la enfermedad, vejez, niñez, maternidad, invalidez y viudez, a la construcción de viviendas higiénicas y a la reglamentación de sindicatos, seguida por la Constitución de Entre Ríos de 1933 y la Constitución de Santiago del Estero de 1939.

En cuanto a la Constitución de 1949, viciada de ilegitimidad de origen, presentaba el defecto de la concentración del poder estatal y desconocía el derecho de huelga. En esa reforma se incorporaron a la primera parte de la Constitución un cap. tercero y un cap. cuarto que contenían cuatro artículos. El más frondoso era el art. 37 que proclamaba los "Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura". Por su parte, el art. 38 y los dos restantes se referían a la "función social de la propiedad, el capital y la actividad económica".

La objeción principal que puede formulársele a esta reforma es el detalle de los derechos económicos y sociales, a los que agregó los derechos de la educación y la cultura. Los de la familia y la ancianidad eran repetición del "resguardo total del hombre". Lo más destacable fue la preocupación de esa reforma en actualizar la ley fundamental a tono con las tendencias del constitucionalismo.

La Convención de 1957 dio sanción al actual art. 14 bis, que con mejor técnica comprendió los derechos sociales y económicos de la enmienda de 1949, abrogada por un acto revolucionario *de facto*. Por medio de dichas cláusulas económicas y sociales, los constituyentes de 1957 trataron de encontrar un punto de equilibrio en las tendencias existentes entre la primacía de los valores de libertad e igualdad.

En opinión de Vanossi, la reforma de 1957 fue una "obra de ciencia, arte y técnica constitucional" que buscó tres grandes equilibrios: 1) el equilibrio entre la libertad y la autoridad, 2) el equilibrio entre la libertad y la igualdad, y 3) el equilibrio entre la libertad y la seguridad [225].

Todo ello no obsta la inconstitucionalidad de la reforma de 1957, atento a haber sido llevada a cabo por el gobierno *de facto* entonces en el poder. Se trataría de una reforma inválida al no haberse respetado el mecanismo previsto en el art. 30.

La cuestión ha quedado zanjada con la reforma constitucional de 1994, toda vez que el juramento de los constituyentes lo fue por la Constitución Nacional de 1853, con las reformas de 1860, 1875, 1898, 1957 y 1994. Curiosamente un gobierno de mayoría justicialista no insistió en revalidar la

225 VANOSSI, Jorge R., *El Estado...*, cit.

Constitución de 1949, admitiendo implícitamente su ilegitimidad al no enumerarla entre los textos reformados antecedentes.

El art. 14 bis, CN presenta una tipología de "norma programática" en su mayor parte, aunque también contiene reglas inmediatamente operativas y proporciona bases jurídicas de innegable vigencia, algunas de las cuales irrumpen en el ámbito de los derechos subjetivos.

También representan una vertiente muy importante por donde ha ingresado el constitucionalismo social a nuestro orden jurídico constitucional, los tratados internacionales suscriptos por nuestro país en materia de derechos humanos, como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización Internacional del Trabajo y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Todos ellos, entre otros, gozan en la actualidad de jerarquía constitucional, conforme lo dispuesto por la reforma de 1994 en el art. 75, inc. 22.

La propia reforma constitucional de 1994, en cuanto a su ideología, ha reforzado el tramo del constitucionalismo social por sobre el tramo demoliberal diseñado en la Constitución histórica.

4.1. Protección del trabajo y asociación sindical

Art. 14 bis, párr. 1°: *"El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa, salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial".*

En opinión de Bidart Campos, las pautas del art. 14 bis no sólo obligan al legislador sino que también vinculan a todos los órganos del Estado. El principio fue sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Valdez v. Cintioni" de 1979 (ED 83-231), en donde se dijo que en orden a la protección del trabajo y a los diferentes derechos que las leyes deben asegurar, el mandato constitucional se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales dentro de la órbita de sus respectivas competencias deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a tales normas [226].

El art. 14 de la Constitución de 1853 contiene entre la nómina de los derechos civiles el derecho de trabajar. El art. 14 bis enfatiza el apoyo norma-

226 BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, cit., t. I.

tivo, obligando en forma programática al Congreso a proteger todos los ámbitos laborales:

El derecho "de" trabajar implica la elección de la actividad, su cumplimiento y su rendimiento satisfactorio como medio de subsistencia y de vida. En el trabajo dependiente, ese derecho se concreta en el contrato de trabajo y en la relación de trabajo que implican el binomio "empleador-empleado", y requiere del derecho o la libertad de contratar, ya que tanto el empleado es libre para buscar su patrono, como éste lo es para seleccionar su personal. En el trabajo por cuenta propia, el derecho de trabajar se concreta, en general, en el binomio "trabajador-cliente".

Se diferencia así el derecho "de" trabajar del derecho "a" trabajar. Para Bidart Campos este último consistiría en el derecho que tiene el individuo sin trabajo —o que no lo encuentra— a reclamar del Estado la provisión de una tarea remuneratoria. Pero la Constitución no contiene este derecho en ninguna de sus normas, y no parece posible incluirlo entre los derechos implícitos.

Puede advertirse un desdoblamiento del sujeto pasivo en el art. 14 bis. Por un lado, el Estado tiene que prestar su actividad legislativa (por ej.: reglamentar las normas programáticas o fijar el salario mínimo) y, por otro, debe abstenerse de realizar conductas lesivas de los derechos en todos los casos, y en muchos de ellos debe cumplir acciones positivas (como abonar los beneficios de la seguridad social y reajustarlos, hacer accesible el mercado de trabajo para evitar el desempleo, etc.).

Para César Enrique Romero es en la dignidad y en la equidad de las condiciones de trabajo donde se aloja la exigencia de que en la concertación del trabajo aseguren ámbitos de igualdad para la decisión contractual o, al menos, que se aminoren las distancias fácticas que la realidad ofrece, y que el capital esté al servicio de la economía nacional y del bien común [227].

La organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial, significa una verdadera conquista de los trabajadores. Se trata de un derecho que debe extenderse a toda la actividad laboral y relacionarse con la cláusula del art. 14, CN que consagra el derecho de "asociarse con fines útiles".

A pesar de la justicia y la importancia de los principios constitucionales que venimos comentando, un llamado al realismo no puede dejar de advertir que las reglas de juego imperantes en un mundo globalizado agitan cada vez con más fuerza el fantasma de la desocupación y, frente a ellas, soluciones que se propugnan en orden y en derredor de la denominada "flexibilización laboral". Baste enumerar algunos ejemplos:

227 ROMERO, César E., "Derechos económicos y sociales. Concepto. Límites de la legislación. Poderes de la Nación y de las provincias", en *Derecho constitucional (realidad política y ordenamiento jurídico)*, t. 2, Zavalía, Buenos Aires, 1976.

— En 1990 se suspendieron los convenios colectivos de las ex empresas públicas y se reglamentó restrictivamente el derecho de huelga.

— Fueron derogados cerca de sesenta convenios correspondientes a la actividad marítima y portuaria.

— En 1995 se modificó la Ley de Concursos y Quiebras y se permitió al empleador en concurso o quiebra que no aplique el convenio colectivo por tres años.

— En caso de quiebra se habilita a los acreedores a la compra de la unidad de negocios, de servicio o de producción, antes de que finalice el proceso de quiebra, sin la obligación de mantener las fuentes de trabajo.

— Con la Ley de Empleo 24.013 se han disminuido las exigencias para el empleador, quien es subsidiado si adopta una de las modalidades previstas en la misma.

— Etcétera.

A pesar de estas tendencias de la realidad, la norma constitucional continúa vigente y mantiene su validez. Su proyección como "norte" o como finalidad *(telos)* que debe perseguir la acción política del Estado, se mantiene en todo su vigor como valores esenciales del ordenamiento protegidos por la Constitución Nacional.

El art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece: "Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia"; y el art. XXII dice: "Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden".

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su art. 23: "1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses"; y el art. 24 dispone: "Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas".

De manera específica se refieren también al derecho al trabajo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en

sus arts. 6°, 7°, 8°, 10 y 12; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su art. 22; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en su art. 5°; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su art. 12, aps. 1 y 2; y en la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 32.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dice en su art. 16: "1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía".

4.2. Los derechos gremiales

Art. 14 bis, párr. 2°: *"Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje, el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo"*.

La Conferencia Internacional del Trabajo de 1951 definió a los convenios colectivos como "todo acuerdo escrito relativo a condiciones de trabajo y empleo, que se celebra entre un empleador, un grupo de empleadores, o una o varias organizaciones de empleadores por una parte, y por la otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos de acuerdo con la legislación nacional".

Si bien la norma alude al recurso a la conciliación y al arbitraje como un "derecho" gremial, la mayor parte de la doctrina acepta que la ley reglamentaria del derecho de huelga imponga obligatoriamente tratativas conciliatorias previas, sin cuyo agotamiento la medida de fuerza carecería de legalidad, y, asimismo, que prevea la obligatoriedad del arbitraje en conflictos que alteran o puedan alterar la paz social. Esto es así, pues se trata de un terreno donde deben privar los intereses públicos que siempre resultan comprometidos por "paros" u otros medios que deterioran el trabajo y la producción.

El derecho de huelga es conferido al gremio y no a los trabajadores en particular —señala Romero—. Igualmente los trabajadores gozan de libertad para adherirse a la misma, sin que se les pueda imponer, porque están sujetos, al mismo tiempo, a la obligación de cumplir con el deber de trabajar.

En ese sentido, Bidart Campos expresa —en referencia a otros sujetos activos posibles, tales como los trabajadores de una empresa sin intervención de la asociación gremial— que "...no hay norma expresa que reconozca o niegue la titularidad del derecho de huelga a otros sujetos activos distintos de los gremios" y "hay una norma expresa según la cual los derechos declarados expresamente no niegan ni anulan la existencia de otros derechos implícitos". En consecuencia, no niega este derecho a otros titulares no consignados en la norma.

El derecho de huelga es operativo, según la expresión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Font, Jaime y otro v. Carnicerías y Estancias Galli", en el año 1962, oportunidad en la que dijo que este derecho puede ser invocado y ejercido aunque no medie ley reglamentaria del Congreso a su respecto.

La doctrina laboralista ha definido a la huelga como un conflicto colectivo y gremial consistente en la suspensión o abstención convenidas del trabajo, con carácter temporal, y con abandono del lugar de tareas, para reclamar y obtener del empleador el reconocimiento o la mejora de prestaciones, con fines de política social.

Es aceptado que la huelga, en la acepción constitucional del art. 14 bis, es tanto la clásicamente definida como tal, cuanto las restantes formas de acción directa que asumen los conflictos colectivos de trabajo. Según Bidart Campos, si la huelga es la forma extrema del conflicto colectivo de trabajo, y está garantizada, las formas atenuadas, atemperadas y menos drásticas y rigurosas, tienen similar cabida en el concepto constitucional de huelga.

Fue también intención del constituyente la de prohibir los impedimentos, las persecuciones y las represalias por las actividades sindicales. Cuando la norma habla de "gestión sindical", cubre numerosos aspectos que la ley debe reglamentar, pero que, a falta de ley, permitirán a los jueces hacer operar la cláusula verificando en cada causa judicial si tal o cual actitud patronal o estatal menoscaba o cohíbe la libertad del dirigente sindical que se desea garantizar para que desempeñe su función. Las garantías están deparadas en un marco estrecho: para cumplir una gestión sindical, y no fuera de él. De lo contrario se trataría de un privilegio.

La cláusula sobre "estabilidad" en el empleo debe ser interpretada en el sentido de que estamos ante una estabilidad propia, como la del empleado público, que impide el despido sin causa y el despido arbitrario y que, por ende, en caso de rescisión del contrato de trabajo, obliga a reincorporar.

Finalmente, debe quedar en claro que una cosa significa conceder permiso, con goce de sueldo, al representante sindical para el desempeño de sus

tareas gremiales, y otra muy distinta es la creación de un fuero sindical especial, como ocurrió en algún momento, en cuya virtud los dirigentes gremiales se sustraen al Poder Judicial que se halla impedido de detenerlos, salvo situaciones excepcionales.

4.3. La seguridad social

Art. 14 bis, último párrafo: *"El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposiciones de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna"*.

La reforma constitucional de 1957 atribuyó al Congreso la facultad de dictar el Código del Trabajo y Seguridad Social. Se trata de pautas o principios, algunos programáticos y otros de inmediata vigencia. Obliga al Estado a cumplir con determinadas prestaciones y a asumir un deber: el de conceder y abonar los beneficios de la seguridad social. Toda otra forma de satisfacer la seguridad social será complementaria, adicional, pero nunca sustitutiva ni prioritaria.

El texto constitucional habla de "integral e irrenunciable". Lo primero significa que la cobertura de necesidades tiene que ser amplia y total. En cuanto al carácter de irrenunciable, parece indicar algo obligatorio, que no admite voluntad en contrario en cuanto al ingreso o la incorporación de los particulares al sistema.

Por seguro social debe entenderse lo que la doctrina y derecho comparado tipifican como tal; y por jubilaciones y pensiones debe entenderse a las prestaciones clásicamente conocidas por tales en nuestro país, donde ya tienen suficiente tradición. Conforme a esto, el establecimiento legal del seguro social no supone prohibición ni abolición de las jubilaciones propias de la previsión social.

La reforma constitucional de 1994 ha establecido en el último párrafo del art. 125 que *"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"*.

Las entidades nacionales o provinciales han de tener autonomía financiera y económica. Esto se refiere a los recursos patrimoniales para atender a su gestión, su funcionamiento, sus prestaciones, etc. El patrimonio debe ser propio, aunque pueda ser estatal en parte. Puede decirse que lo no permitido es que el capital y los recursos del ente provengan sola y totalmente del Estado en vez de derivar de aportaciones directas o indirectas del afiliado y terceros vinculados a ellos.

La "protección integral de la familia" es una cláusula programática de muy vasto alcance. Algunos aspectos de ella son: el matrimonio, la filiación, la patria potestad, la adopción, la maternidad, la jornada laboral de la mujer casada, la educación y atención de la niñez, el bien de familia, etc.

La cláusula sirve de pauta para la legislación que se dicte en otros rubros contemplados por el art. 14 bis, como, por ejemplo, el derecho a igual remuneración por igual tarea, la jornada limitada, la protección contra el despido arbitrario, las contingencias a cubrir con los beneficios de la seguridad social, las condiciones dignas y equitativas de labor, etc.

El célebre caso "Saguir y Dibb", de 1980 (ED 91-266), permite advertir el vasto alcance de esta cláusula, pues en aquella oportunidad la Corte Suprema autorizó el trasplante de órganos entre hermanos, que se había denegado en anteriores instancias debido a la edad del oferente.

La "defensa del bien de familia" ha recibido consagración legal, siendo la forma patrimonial de asegurar un mínimo resguardo del núcleo originario de la sociedad política en cuanto a habitación. La Constitución de 1949 contenía previsiones similares al respecto. La "compensación económica familiar" o "salario familiar" se encuentra regulada legalmente y también es su finalidad el dispensar resguardo a dicho núcleo.

El "acceso a una vivienda digna" es el último de los derechos previstos en el art. 14 bis. Sigue siendo una promesa incumplida para grandes sectores de la población. Es innegable el deber de desplegar activamente una política social de fomento, sea por la construcción de ámbitos habitacionales accesibles a la capacidad salarial promedio, sea por el estímulo a las entidades privadas que están en condiciones de construir, vender o alquilar viviendas. Si bien esta disposición está en el sector normativo referido a la familia, el mismo acceso es merecido por todo hombre individualmente considerado, aunque carezca de núcleo familiar.

Gabriel Hünicken, en su *Manual de derecho de la seguridad social*, considera que ésta es una disciplina jurídica que se instrumenta a través de un conjunto de medidas destinadas a proteger al hombre contra las necesidades derivadas de las contingencias sociales y otros requerimientos vitales, mediante beneficios, prestaciones y servicios que pueden ser de carácter previsional o asistencial [228].

A su vez, Carlos Alberto Livellara señala que el objeto fundamental de la seguridad social es dar a los individuos y a las familias la tranquilidad de saber

[228] HÜNICKEN, Javier, *Manual de derecho de la seguridad social*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

que el nivel y calidad de su vida no sufrirán, dentro de lo posible, un menoscabo significativo a raíz de alguna contingencia social, como la enfermedad, los accidentes, la vejez, el paro forzoso, la maternidad, la invalidez, etc. [229].

Ello implica no sólo la satisfacción de las necesidades que se presenten, sino también la prevención de los riesgos y la ayuda a las personas y sus familias a adaptarse de la mejor manera posible frente a las incapacidades o desventajas sobrevinientes.

Los tratados internacionales ratificados por nuestro país otorgan el siguiente tratamiento al tema de la seguridad social. Para empezar, el art. VII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dice: "Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales", en tanto que el art. XVI de la misma Declaración señala que: "Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilita física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia".

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 22 dice que "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". En tanto que el art. 25 de la misma Declaración Universal reza: "1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas dice en el art. 9°: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social"; en tanto que en el art. 10 establece: "Los Estados Partes en el presenta Pacto reconocen que: ...2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social...".

[229] LIVELLARA, Carlos A., "La seguridad social de fines del siglo XX: crisis y perspectivas", *Carpetas de Derecho del Trabajo*.

En la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el art. 5° reza lo siguiente: "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el art. 3° de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: ...e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: ...iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales...".

En la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala el art. 11: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: ...e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: ...c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella". El art. 13 establece que "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho prestaciones familiares...".

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su art. 26: "1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso el seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional. 2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del

niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre".

5. La igualdad

Junto a la libertad es uno de los principios más importantes de nuestro ideario constitucional y político. De allí que nuestro himno nacional declame *¡ved en trono a la noble igualdad!* El ideal de una sociedad más justa se relacionó en los tiempos de la emancipación con la eliminación de desigualdades que resultaban irritantes, como el caso de la eliminación de los títulos de nobleza. Cuando nuestra Constitución concede privilegios o inmunidades especiales, como, por ejemplo, la inmunidad de opinión y la de arresto que tienen los legisladores, lo hace no para crear una categoría especial de personas sino para preservar a los representantes del pueblo para que no sufran persecuciones de parte de los factores de poder; del mismo modo que las inmunidades de la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces y la inamovilidad en sus cargos, apuntan a asegurar la independencia judicial.

La prohibición de los fueros personales, es decir de tratamiento judicial especial en razón de las personas, no contraría la posibilidad de establecer reglas de competencia en razón de la materia ni tampoco la posibilidad de que existan los llamados "fueros reales", es decir, tribunales especiales de juzgamiento, no en razón de las personas en sí mismas consideradas sino en la materia específica de juzgamiento, como es el caso de los tribunales militares para temas de competencia estrictamente profesional.

El ideal de la igualdad absoluta es, sin embargo, imposible de alcanzar porque no responde al orden natural de las cosas, toda vez que la propia perspectiva liberal que consagra la Constitución permite el desarrollo de las capacidades individuales cuando hay personas que tienen distintas habilidades a otras. De allí también que entre libertad e igualdad, como valores superiores del ordenamiento, aparezca una cierta tensión, de modo que en tiempos del Estado liberal de Derecho se privilegió la libertad, y en tiempos del Estado social de Derecho se buscó en cambio la afirmación de la igualdad a través de una acción de intervención estatal más decidida. El tercer término del lema de la Revolución Francesa: la solidaridad o fraternidad, busca un ponderado equilibrio entre los dos valores anteriores.

La jurisprudencia clásica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto el acento, desde una perspectiva marcadamente liberal en la "igualdad ante la ley", entendida, no como una igualdad absoluta sino como la consideración de dar el mismo tratamiento ante iguales o parecidas circunstancias y en no establecer discriminaciones arbitrarias.

Con el desarrollo del llamado Estado de Bienestar y la reivindicación de los derechos sociales y la participación democrática como valores del sistema, la exigencia de igualdad y de "justicia social" requiere no solamente de un rol abstencionista o "vigilante" por parte del Estado, sino también de un papel activo para remover los obstáculos que ocasionan desigualdades y no permiten el mayor desarrollo de las potencialidades de los individuos, por eso los tratados internacionales de derechos humanos y la propia reforma de la Constitución Nacional en 1994, hablan de la "igualdad real de oportunidades" frente a la anterior concepción material o formal de igualdad ante la ley.

En nuestros tiempos, el concepto de igualdad tiene una nueva definición usual: la "no discriminación". La democracia clásicamente entendida como gobierno de las mayorías comienza a mostrar las particularidades de distintas minorías (jóvenes, mujeres, ancianos, grupos religiosos, etc.), cuyas particularidades la ley debe contemplar sin prejuicios ni discriminaciones basadas en valores negativos como la discriminación racial, religiosa, sexual, etc. La garantía constitucional del amparo colectivo (art. 43, párr. 1°, 2ª parte, CN), contempla las situaciones de discriminación.

Más allá del principio de igualdad entre todos los habitantes frente a los poderes públicos, de la norma se desprende una obligación del Estado de asegurar esa igualdad como ideal constitucional. El principio cobra especial dimensión en tiempos en que nuestro país, que a lo largo de su historia mostró una vocación de igualación y de permeabilidad social a través de la educación pública y un equivalente grado de desarrollo, exhibe niveles lamentables de pobreza y desigualdad no sólo económica sino también social. Revertir esa situación es una mandato constitucional de primer orden para el Estado y la sociedad en su conjunto.

El requisito de la *idoneidad* para los cargos públicos es un principio de la mayor importancia que se ensambla con lo dicho en el párrafo anterior. Los niveles de incompetencia que a veces se exhiben, en distintos niveles de la Administración Pública, tienen que ver con la necesidad de afirmar el principio de la idoneidad (capacidad) técnica para acceder a los cargos públicos. Para la designación de magistrados en el Poder Judicial, el constituyente de 1994 ha incorporado el requisito de un concurso de selección ante el Consejo de la Magistratura (art. 114, CN), previo a la designación por parte del presidente con acuerdo del Senado. Sería menester generalizar los sistemas de concursos imparciales y objetivos por encima de los llamados "amiguismos" o preferencias, basados en valores tales como la afiliación política u otros que poco tienen que ver con la idoneidad que la Constitución nos exige.

El art. 75, inc. 22, CN ha incorporado con jerarquía constitucional la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, suscripta en Estados Unidos el 13/7/1967 y aprobada en la República Argentina por ley 17.722 del 26/4/1968 (BO 8/5/1968) y la

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18/12/1979 y suscripta por la República Argentina el 17/7/1980 (ley 23.179, BO 3/6/1965).

5.1. Prohibición de compra y venta de personas

La abolición total de la e sclavitud en nuestro país no es más que una derivación o consecuencia de la entronización de la igualdad como principio (art. 16, CN), baste recordar al respecto que la Asamblea General Constituyente de 1813 suprimió los títulos de nobleza. Fue esa misma Asamblea la que el 2 de febrero de 1813, decretó que "siendo tan desdoroso como ultrajante a la humanidad el que en los mismos pueblos que con tanto tesón y esfuerzo caminan hacia su libertad, permanezcan por más tiempo en la esclavitud los niños que nacen en todo el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata, sean considerados y tenidos por libres todos los que en dicho territorio hubiesen nacido desde el 31 de enero de 1813 inclusive en adelante, día consagrado a la libertad por la feliz instalación de la Asamblea General, bajo las reglas y disposiciones que al efecto dictará la Asamblea General Constituyente" [230].

La última parte del actual art. 15, donde dice *"...Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República"*, fue agregada en la Convención de 1860 en orden a que la Confederación había celebrado un tratado de extradición de esclavos con el Brasil. De este modo, la Argentina reafirmaba su tradición antiesclavista que se expresó con marcada anterioridad respecto de la Constitución de los Estados Unidos, que le sirvió de modelo y que tuvo que esperar al fin de la llamada Guerra de Secesión para introducir tal prohibición en la decimocuarta enmienda.

En efecto, en 1857, cuando el juez Taney presidía la Suprema Corte de aquel país, tuvo lugar el célebre caso "Dred Scott", cuya decisión abriría el camino de la guerra civil. Se trataba de un esclavo y de su esposa que habían pasado a vivir con su dueño desde un estado esclavista a un estado abstencionista y solicitaron la manumisión. La Suprema Corte interpretó la quinta enmienda sosteniendo que el derecho de propiedad era igual en todos los estados de la Unión y declaró inconstitucional la norma de Missouri que declaraba libres a los esclavos a partir de cierta determinación geográfica por

230 Cit. por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. IV, Plus Ultra, Buenos Aires, p. 320.

entender que las decisiones de los estados abolicionistas no podían afectar el derecho de los propietarios de esclavos.

Nuestro art. 15 establece una indemnización que debería fijar el Congreso por ley. Sólo en dos oportunidades la Constitución determina indemnizaciones, el otro caso es la reparación integral por daño ambiental (art. 41). Se trata de regímenes indemnizatorios de rango constitucional y que, por ende, se encuentran por encima de la teoría general de la responsabilidad que establece el Código Civil en los arts. 1109 en adelante.

Cabe señalar que la ley, a que hace referencia el art. 15, nunca fue sancionada por el Congreso al considerarse repugnante establecer compensaciones pecuniarias por la valoración económica de las personas. En el mismo sentido, nuestra legislación general sanciona toda pretensión de compra y venta de personas como toda pretensión de sometimiento a esclavitud o servidumbre.

En el orden internacional, nuestro país ha firmado distintas convenciones internacionales en contra de la discriminación, y en concreto contra la esclavitud, trata de esclavos, trata de blancas y delitos análogos, entre las que cabe señalar la Convención de Ginebra de 1956 y el art. 6° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que tiene jerarquía constitucional en orden a lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de nuestra CN.

5.2. La igualdad real de oportunidades

La reforma constitucional de 1994 ha incorporado el concepto, a la manera de un nuevo paradigma, en distintos artículos: art. 37, párr. 2°: *"...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"*. En su concordante cláusula transitoria segunda se dice: *"Las acciones positivas a que alude el art. 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine"*.

Art. 75, inc. 2°: *"...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..."*.

Art. 75, inc. 19, párr. 3°: *"...Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción*

de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales".

Art. 75, inc. 23, párr. 1°: *"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".*

El concepto de igualdad "real" de oportunidades de alguna manera se confronta al tradicional concepto de igualdad "formal" o igualdad ante la ley y, por ello, por tratarse de un nuevo aporte en sentido teleológico *(indirizzo)*, es que debe interpretarse en sentido progresivo en una ampliación del concepto de igualdad, que como bien lo destaca María Angélica Gelli en un artículo, debe relacionarse en su espíritu con otros conceptos, como el de "desarrollo humano" o el de "desarrollo sustentable", que anida en la protección jurídica del medio ambiente (art. 41, CN) [231].

Algunos factores decisivos en la igualdad real de oportunidades son los representados por la desocupación, la crisis educacional, la desnutrición y la insalubridad. La igualdad real de oportunidades exige la equiparación de todas las personas en un mínimo exigido por la dignidad humana, para que todos puedan acceder al goce de los derechos humanos.

En el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa "Fernández, Eduardo v. La Estrella SA", del 10/6/1992, la empresa había intimado a un empleado de 65 años a iniciar los trámites de jubilación. Pasado un año rescindió el contrato sin indemnización alguna. El damnificado sostuvo la inconstitucionalidad del art. 252, Ley de Contrato de Trabajo fundándose en la desigualdad a que era sometido respecto de los demás trabajadores despedidos sin causa que recibían indemnización, siendo que la jubilación ordinaria lo condenaba a la indigencia dada su magro monto.

La Corte rechazó la tacha de inconstitucionalidad deslindando responsabilidades y deberes: el empleador, unido al trabajador por un vínculo de justicia conmutativa, habría cumplido con los recaudos legales razonables y no opuestos a la igualdad del art. 16, CN, y no debía nada más al jubilado.

El fallo fue criticado por Vázquez Vialard, quien concluye que frente a este grave problema cabe recordar que la justicia distributiva corresponde a una modalidad que tiene en cuenta valores más auténticamente humanos y, por lo tanto, de jerarquía superior a la justicia conmutativa en el orden personal y social; la misma constituye el armazón básico de la estructura de la

[231] GELLI, María A., "Desarrollo humano, igualdad y Constitución", LL 1996-B-1096.

comunidad. Su naturaleza es anterior a la de la justicia conmutativa y ésta sólo puede funcionar adecuadamente en tanto está inserta en un encuadramiento estatal basado en la justicia distributiva, o sea, en una justa distribución de bienes y valores en función de diversos méritos, necesidades y dignidad de las personas.

La igualdad real de oportunidades es antes que nada una cuestión del orden económico. La Constitución Nacional reformada en 1994, en varios de sus artículos (arts. 42, 75, inc. 19, etc.), deja entrever un orden económico constitucional que a pesar de que en sus pormenores nunca será de consenso unánime, se levanta sobre el liberalismo económico (competencia y mercado) pero agregando contenidos del constitucionalismo social (igualdad real de oportunidades, entre otros) y una presencia razonable del Estado en el orden económico.

CAPÍTULO VII

EL DERECHO DE PROPIEDAD

El derecho de propiedad ocupa un lugar central en el derecho constitucional. Tal protagonismo supera largamente los aspectos puramente patrimoniales para proyectarse sobre las otras dimensiones que, como derecho subjetivo, la propiedad proyecta, tanto sobre la esfera de lo individual, como sobre la organización social y el Estado.

Curiosamente no integra el tríptico "libertad-igualdad-fraternidad" que, como lema de la Revolución Francesa, describe los albores del constitucionalismo, aun cuando está decididamente ligada a los orígenes, tanto de la Revolución Francesa como a los de la revolución norteamericana.

La ruptura definitiva con el orden feudal subsistente en los absolutismos monárquicos requería de la racionalización de un derecho de propiedad que permitiera al "tercer estado" —y a la burguesía revolucionaria— acceder a los bienes que hasta entonces quedaban reservados a la nobleza. Fue el racionalismo iluminista, en consecuencia, el que diseñó el derecho constitucional de propiedad que aparece en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en las constituciones de las colonias norteamericanas, entre las que destaca, por su claridad y afirmación de principios, la Constitución de Virginia.

Entre los filósofos iluministas aparecen diferencias en cuanto al origen del derecho de propiedad. Para Locke se trata de un derecho natural que integra la dignidad humana y que, por lo tanto, es anterior al Estado, el que se encuentra obligado a respetarlo celosamente [232]. Para los contractualistas, en cambio, el derecho de propiedad surge como consecuencia del "pacto social". Desde puntos de partida diferentes, tanto Hobbes [233] como Rousseau [234], justifican la creación del Estado como salida de un estado de naturaleza donde la propiedad es permanentemente avasallada. Para Hobbes, sólo el orden de un Estado fuerte y centralizado permite el ámbito de segu-

[232] LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, 1991.

[233] HOBBES, Thomas, *Leviathan*, Tecnos, Madrid, 1989.

[234] ROUSSEAU, Jean J., *El contrato social*, colección "La Torre de Babel", Perrot, Buenos Aires, 1961.

ridad para que las propiedades sean respetadas, en tanto que para Rousseau será la voluntad general, expresada en el contrato social, la que determine los límites que garantizan el ejercicio de los derechos.

Pero más allá de esta diferencia que hace referencia a un supuesto origen "histórico" que es mera ficción como construcción teórica, la fundamentación del derecho de propiedad presenta características comunes en los autores citados, que se reflejan en los textos constitucionales escritos y que son, como ya dijimos, consecuencia de un desarrollo del pensamiento racional iluminista. Una de esas características es la estrecha relación entre el concepto de propiedad y el concepto de seguridad, que aparecen estrechamente ligados —y no pocas veces juntos— en los distintos textos y declaraciones. El derecho de propiedad implica la seguridad en su goce y consagra, por lo tanto, la "inviolabilidad" de la misma como característica. Ya desde los albores del Renacimiento comienzan a elaborarse doctrinas que se contraponen al pensamiento medieval. Se atribuye a Baldo de Ubaldi, uno de los denominados "posglosadores", la concepción de la existencia de un ámbito de privacidad que acompaña a la persona y que incluye no sólo los atributos de la personalidad sino también los bienes y otros valores como los créditos derivados de obligaciones contractuales y los denominados "derechos adquiridos" [235]. Legaz y Lacambra sostiene que el autor citado elaboró su doctrina para contraponerla a la tesis finalista de santo Tomás de Aquino, que subordinaba los valores individuales al "bien común". De ahí resulta el tono individualista que ha tenido el derecho de propiedad en el origen del constitucionalismo liberal, profundizado después con el desarrollo del capitalismo y morigerado más tarde con la aparición del Estado social.

La "inviolabilidad" de la propiedad se afirma en los textos como principio individualista o antropocentrista frente al teocentrismo finalista medieval. Se diferencia el derecho "de" propiedad, consistente en el derecho de usar, gozar y disponer de los bienes, del derecho "a" la propiedad, que amplía los modos de adquisición de la misma, antes ligados a la herencia o derecho de sangre y, desde la modernidad, ampliados a otras formas legítimas entre las que sobresale el contrato por compra y otras formas pacíficas como la prescripción. Todos esos aspectos han sido, desde el Código Napoleón y el movimiento codificador en general, materias de regulación por parte del derecho civil en su subdivisión correspondiente a los denominados "derechos reales".

Ocurre, sin embargo, que el derecho civil se ocupa de la propiedad desde su faz patrimonial, atendiendo a los modos de adquisición y a las situaciones y relaciones jurídicas derivadas de la relación "sujeto-cosa". Por tal

235 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Introducción a la ciencia del derecho*, Bosch, Barcelona.

motivo la propiedad en el ámbito del derecho civil tiene límites más estrechos que los que corresponden al derecho constitucional, donde la propiedad tiene rango de derecho subjetivo. Esto no quita que ambas ramas del derecho hayan ido evolucionando de manera pareja en cuanto a la morigeración de los principios otrora rígidamente individualistas de la propiedad napoleónica a las exigencias sociales del Estado de posguerra. De ese modo, la denominada "función social de la propiedad" ha tenido su influencia notoria tanto en el campo de lo civil como en el terreno constitucional, y en nuestro país se ha materializado en reformas legislativas y constitucionales concretas como la ley 17.711 y las reformas de constituciones provinciales y, a nivel federal, con la reforma constitucional de 1957 que introdujo normativamente el "constitucionalismo social", como en la reciente reforma constitucional de 1994 que ha acentuado los principios que corren en esa dirección, más allá de otras polémicas sobre vigencia o crisis del "Estado social" [236]. Sin embargo, y a pesar de ese paralelismo que acompaña la evolución de la unidad del derecho frente a los cambios que impone la realidad política y social, subsiste una diferencia de matiz conceptual entre el "dominio" del Código Civil y el "derecho constitucional de propiedad".

El primero está limitado a la relación "sujeto-cosa" en los términos de cosa o bien, definidos por los arts. 2311 y 2312, CCiv., que incluye a los objetos inmateriales susceptibles de valoración y a otras fuentes inmateriales, como la energía. La Constitución, por su parte, define a la propiedad en el art. 17, pero el límite del derecho ha sido dado por la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al definirla como "...el conjunto de bienes y valores apreciables que una persona puede poseer, fuera de su vida y su libertad..." [237].

El concepto constitucional de propiedad ha sido precisado por la Corte Suprema en el fallo "Bourdieu" de 1925 con los siguientes términos: "El término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de este estatuto, comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones del derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción

236 Sobre el tema puede verse nuestro trabajo titulado "El ideario constitucional argentino", LL del 12/6/1995. Obras de consulta sobre el estado social son GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid; VANOSSI, Jorge R., *El Estado...*, cit.

237 Corte Sup., 16/12/1925, "Pedro Emilio Bourdieu v. Municipalidad de la Capital".

contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad..." [238].

Una de las cuestiones más complejas en el ámbito de la filosofía del derecho es la de determinar los límites de los derechos individuales. Podemos convenir, sin embargo, la existencia de límites "internos" que son los que surgen de la propia definición o delimitación jurídica del derecho expresado en la norma (en este caso el art. 17, CN) y la existencia de límites "externos", que son los que surgen de su carácter social y, por ende, de su relación o interacción con otras personas y otros derechos individuales. Este segundo aspecto podría resumirse en la máxima liberal de no afectación de los derechos de terceros o en la expresión más común: "mi derecho termina donde comienza el derecho de los demás". La Constitución Nacional se ocupa del límite "exterior" de los derechos, en el sentido mencionado, en la primera parte del art. 19 cuando menciona que *"las acciones privadas de los hombres... ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados"*. Y en la última parte del mismo artículo, al enunciar el principio de reserva, señalando: *"Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"*.

El límite interno está expresado en el art. 17 de manera bastante precisa. La Constitución va más allá de la relación sujeto-cosa del Código Civil al consagrar un derecho a la propiedad intelectual con carácter "exclusivo", que se extiende, conforme a la ley reglamentaria (11.723), más allá de la vida del autor o inventor, y que se transmite a los sucesores o herederos.

La categorización especial otorgada al derecho de propiedad intelectual se fundamenta en la circunstancia de considerar que el autor o inventor de una obra intelectual no es el propietario "exclusivo" de la misma, sino que dicho invento o descubrimiento ha sido posible merced a un cúmulo de conocimientos que forman parte del patrimonio social, de modo tal que sin tales conocimientos previos —heredados y transmitidos— la obra intelectual no hubiera sido posible. Ese fundamento social de la propiedad intelectual le otorga en la Constitución Nacional un *status* particular que se contrapone con el criterio individualista liberal que rige para el derecho de propiedad en general, donde la propiedad se transmite a los herederos del titular del derecho después de su muerte, conforme a las normas del Código Civil que regulan el régimen sucesorio. No ocurre lo propio con la propiedad intelectual, toda vez que la norma constitucional concede a los sucesores legales del autor un derecho exclusivo que sólo se extiende a un plazo legal que la ley reglamentaria 11.723, modificada por la ley 24.870, ha fijado en

[238] Corte Sup., Fallos 145:327.

los setenta (70) años; cumplido ese lapso, el derecho vuelve a la sociedad en su conjunto y la obra podrá ser disfrutada por los integrantes del cuerpo político sin necesidad de pagar derechos a los herederos del autor.

Es menester destacar que el sistema constitucional de la propiedad intelectual ha entrado en frontal colisión con las normas internacionales aplicables en materia de patentes de invención y —especialmente— en lo referido a patentes medicinales. La legislación nacional se inspiró en la ley 111, una de las primeras leyes de la República, que siguió el principio de protección social de la propiedad intelectual que ya hemos mencionado. Con el transcurso del tiempo se planteó una disputa entre ese principio jurídico y otro que sostuvo la defensa irrestricta de la propiedad privada de la propiedad intelectual. La legislación argentina entendía que no se afectaba el derecho de propiedad si la necesidad social requería la utilización de productos medicinales patentados en el extranjero, en tanto se pagaren los derechos *(royalties)* establecidos en favor de su titular. Una posición cada vez más creciente, en cambio, en las posiciones de los laboratorios extranjeros y entre los países que registran más patentes de invención, sostuvo el derecho exclusivo de explotación comercial de los productos farmacéuticos a los titulares de los derechos respectivos.

La globalización de la economía en el plano internacional ha profundizado la defensa del libre mercado y la afirmación de los principios de la libertad individual en el mundo occidental. En la materia específica de la propiedad intelectual, y respecto de la cuestión de las patentes medicinales, es en la denominada Ronda Uruguay del GATT —de donde surgió el nuevo organismo internacional denominado Organización Mundial de Comercio (OMC) que pugna por una afirmación de las reglas de la libre competencia en el mercado internacional— y en el denominado acuerdo de Marrakecht, donde los principios afirmativos de la propiedad privada absoluta en materia de propiedad intelectual se han profundizado en desmedro de los principios de nuestra norma constitucional. A pesar de la resistencia ofrecida por el Congreso de la Nación en la materia, la nueva normativa argentina ha dispuesto un "período de transición" para que los laboratorios nacionales se adapten a las nuevas reglas de juego [239].

1. El derecho de propiedad, la libertad y la democracia

Algunos autores se han ocupado de profundizar en la íntima relación existente entre el derecho de propiedad y la democracia como forma de go-

[239] Entre los numerosos trabajos sobre este tema puede verse SPOTA, Alberto A. - DEMARÍA MASSEY, María E. y otros, *Patentes medicinales*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

bierno basada en la voluntad popular y en la jerarquía de la libertad individual. Para James M. Buchanan hay una función de la propiedad como garante de la libertad, de modo tal que el derecho de propiedad no contiene una esencia axiológica en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental consistente en asegurar un mayor grado de libertad individual para su titular [240]. En esa concepción, la propiedad privada permite no depender exclusivamente de las variaciones de los mercados (por ej.: alquileres) y otorga la posibilidad de entrar o salir del mercado de acuerdo con decisiones personales que no necesariamente deben ser analizadas desde la perspectiva económica, pero sí de la posibilidad de mantener una decisión individual que no es posible para quienes no son propietarios.

De ese modo, dice el autor citado, la familia propietaria de su residencia "produce" sus propios servicios de alojamiento a lo largo del tiempo, sin necesidad de comprometerse en continuos intercambios contractuales o de mercado con los oferentes. El individuo propietario de su vehículo produce diariamente los servicios de transporte que le son necesarios. La propiedad privada permite al individuo escapar de la red de interdependencias que impone el mercado y afianzar una posición de autosuficiencia. La autoproducción reduce directamente la necesidad que pudiera tener el individuo de recurrir al mercado como demandante-comprador de bienes y servicios concretos. Y en este sentido, la autoprotección hecha posible por la propiedad de activos no es cualitativamente distinta de la que tiene lugar como resultado de la aplicación de *inputs* fuera de la estructura de mercado (por ej., las hortalizas de un jardín). En la medida en que la propiedad se extienda hasta incluir una gran variedad de activos (vivienda, coches, muebles, electrodomésticos, ganado, frutales, etc.), la autoproducción de los bienes y servicios rendidos por esos activos también reduce la dependencia del individuo respecto del mercado, en lo que se refiere a la relación entre lo que vende y su poder adquisitivo general (renta monetaria) [241].

El planteo de Buchanan de contemplar a la propiedad en función de la cuota de "libertad" que otorga o asegura, se acerca a las posiciones de los *property rights*, como variante del *Law & Economics* o escuela del Análisis económico del derecho (AED). Para la corriente de los *property rights*, el concepto de propiedad no es unitario en lo económico y en lo jurídico, sino que resultaría un concepto más borroso, identificado como un "haz de derechos". Esta desintegración del concepto unitario de propiedad en un modelo de haces de derechos o facultades, lejos de constituir un giro meramente retórico en la definición del derecho de propiedad representa la metamorfosis

[240] BUCHANAN, James M. - TULLOCK, Gordon, *Derechos de propiedad en democracia*, trad. de Juan Alonso Hierro, Colegio de Economistas de Madrid, Celeste, Madrid, 1995.

[241] BUCHANAN, James M. - TULLOCK, Gordon, *Derechos...*, cit.

de la institución de la propiedad desde su significado de relación hombre-cosa a una relación hombre-hombre que tiene como objeto las cosas: Los derechos de propiedad no se refieren a relaciones entre el hombre y las cosas, sino más bien a las "relaciones behaviorísticas sancionadas *entre* las personas que surgen de la existencias de cosas y que atañen a su uso" [242].

La desintegración de un concepto de propiedad unitario en un haz de derechos específicos sobre el uso y disposición de los bienes y la importancia que, en este caso, asume la decisión jurídico-política de qué derecho debe ser privilegiado como una decisión de asignación y distribución de recursos.

El problema del orden, de la protección de los derechos, es el problema del conflicto entre derechos. Éste es el problema subyacente en el AED, en su concepto de externalidad, en el carácter recíproco del daño y en la disolución del concepto de propiedad en intereses fragmentados que especifican las acciones y expectativas futuras de los individuos. Una teoría de los derechos, como la liberal-clásica, en la que éstos se configuran como posiciones estáticas que garantizan ámbitos de autonomía o esferas de libertad del individuo protegidas al más alto nivel, no puede ser apta para hacer frente al problema real del conflicto y de la elección necesaria entre intereses contrapuestos. El punto de partida de la nueva visión de la propiedad que nos proporciona el AED es el ineludible reconocimiento de la interdependencia y conexión de unos derechos y otros. La cuestión no está en proteger los derechos de los sujetos, sino en qué derechos proteger y cuáles no.

De esta forma, la desintegración de la noción unitaria de propiedad y el conflicto entre distintos usos incompatibles de los bienes y recursos escasos, nos sitúa ante el problema de la elección. La elección entre diversos usos de un bien implica la decisión jurídico-política a favor de uno de esos distintos usos. Es la estructura jurídico-política institucional la que determina los usos de los bienes privilegiados y los excluidos, la que determina qué son derechos y qué debe ser protegido *como* tal a nivel jurídico [243].

2. La inviolabilidad de la propiedad

La "inviolabilidad" de la propiedad, término que, como vimos, se remonta a la tradición racional-iluminista, tiene como opuesto a la "confiscatoriedad", según lo han construido la jurisprudencia y la doctrina, de manera tal que todo aquello que resulte violatorio del derecho constitucional de propiedad es confiscatorio. El art. 17, CN rechaza expresamente algunas moda-

[242] MERCADO PACHECO, Pedro, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

[243] MERCADO PACHECO, Pedro, *El análisis...*, cit.

lidades confiscatorias, como los servicios personales, las confiscaciones dispuestas por sentencia penal y las requisiciones hechas por fuerzas armadas o ejércitos en campaña, bastante frecuentes en los tiempos en que la Constitución fue sancionada.

La inviolabilidad, sin embargo, admite excepciones. Concretamente admite dos excepciones que también se remontan a la tradición constitucional histórica y que están contempladas en el texto. Una de ellas proviene del derecho inglés y la otra del derecho francés.

Viene del derecho francés la institución de la expropiación, contemplada ya en la misma declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 17), que se expresaba en los siguientes términos: "Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige evidentemente, y bajo la condición de una justa y anterior indemnización". Los extremos de ese instituto, que son la declaración de utilidad pública mediante ley previa y una justa indemnización, forman parte del baluarte del constitucionalismo occidental y así han pasado a nuestro texto constitucional. Existió en la Revolución Francesa una gran preocupación por la cuestión social y el problema de la riqueza; de modo tal que Hannah Arendt ha expresado en su *Ensayo sobre la Revolución* que el triunfo de la revolución norteamericana —menos violenta— y el fracaso inicial de la francesa, se explican por la mayor igualdad existente en las jóvenes colonias protestantes americanas frente a las desigualdades profundas que originaron la revolución en Francia y que no pudieron ser satisfechas por los revolucionarios, ocasionando el consiguiente desencanto popular [244].

La otra limitación es la relativa al poder de imposición del Estado, facultad que deriva de su cualidad soberana. El poder de imposición se justifica en el deber de los habitantes a contribuir al sostenimiento del Estado que, a su vez, se encarga de asegurarles protección. La Constitución argentina, en su art. 4° dispone entre otros aspectos que el Tesoro de la Nación se forma con "*...las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General...*". El art. 17, referido al derecho de la propiedad, señala de manera concordante con el primero: "*...Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4°...*".

La facultad de establecer tributos es de la esencia del poder estatal, pero su desarrollo constitucional se encuentra con más nitidez en el derecho inglés, debido a que la presión fiscal ejercida por el rey sobre los nobles fue haciendo que estos últimos le arrancaran concesiones a través de cartas o *bills* de derechos que, posteriormente, se convertirían en garantías en favor de todos los habitantes de los Estados democráticos de Derecho. Una evolución similar fue la ocurrida en los antiguos reinos españoles, con el otorgamiento de "fueros". Entre los documentos constitucionales ingleses en los que mejor se expresan estas garantías podemos citar a la llamada Carta Magna de 1215 y al Estatuto del *Tallagio non concedendo*, donde se establece que los tributos sólo pueden ser fijados por los representantes de los caballeros del reino, de donde surge el principio *no taxation without representation*. Otros principios garantistas son también originarios de Inglaterra, como ocurre con la iniciativa legislativa otorgada a la Cámara baja, por entenderse que es la que más directamente representa el interés popular y que se tradujo en el actual art. 52, CN (art. 44 antes de la reforma). El poder de imposición del Estado es, de este modo, y en virtud de la evolución del constitucionalismo, un poder limitado. Tal limitación deviene de la ley y se expresa en el principio de legalidad en materia tributaria que contiene el párrafo antes citado del art. 17, CN.

Estos límites a la inviolabilidad del derecho de propiedad, como son la expropiación por causa de utilidad pública y el poder de imposición del Estado, se encuentran, en consecuencia, delimitados por las garantías constitucionales en materia fiscal, que son de muy estricta interpretación y que en su carácter de garantías individuales llevan, de manera implícita, un principio de reserva en favor del individuo que surge del art. 19, CN.

Pero más allá de los límites formales del derecho de propiedad, existe un contenido sustancial que puede tener mayor o menor profundidad en términos de los derechos en concreto que de la propiedad se derivan. En derecho civil se distingue la propiedad como hecho (relación sujeto-cosa) que tiene a la posesión como manifestación que, unida al plazo de tiempo que indica la ley, puede derivar en uno de los modos de adquisición del "título", que es, en verdad, de donde derivan los derechos en concreto. La extensión del derecho de propiedad, conforme a su "título", es materia que ha ido variando con los tiempos. Es conocida la frase del derecho romano en cuanto a que el derecho de propiedad se extendía "desde el cielo hasta el infierno", y es también sabido que en la Edad Media la identificación del poder y la riqueza con la propiedad de la tierra, llevaban a que los terratenientes y señores feudales pudieran disponer de la vida, honor —y hasta de la virginidad— de vasallos y doncellas. El Código Napoleón reguló los modos de adquisición, pero también protegió el derecho abarcativo en una gran extensión del "usar, gozar y disponer", de modo tal que una fuerte afirmación del mismo fuera, a su vez, cimiento de la nueva sociedad burguesa.

3. La función social de la propiedad

El advenimiento del Estado social limitó el ámbito del derecho de propiedad, pero esa limitación no se origina en la esencia del derecho —que

[244] ARENDT, Hannah, *Ensayo sobre la revolución*, Alianza, Madrid.

permanece inmutable— sino en su límite externo, es decir, en su relación con los otros. La denominada "función social" de la propiedad proviene también de la elaboración doctrinaria francesa (Duguit), toda vez que el paso del Estado de Derecho individualista y burgués al Estado social se da como un *aggiornamento* del Estado de Derecho que contempla la realidad social como objetivo, protegiendo los denominados derechos económicos y sociales o derechos de segunda generación. A decir de Herman Heller, el Estado social de Derecho se conformó como una "reacción" del Estado liberal clásico frente a los totalitarismos que comenzaron a acosarlo desde una y otra dirección al concluir la primera posguerra.

La versión jurídica del Estado social es el denominado "constitucionalismo social", que tiene sus orígenes en la Constitución alemana para la República de Weimar y en la Constitución mexicana de 1917, aunque su mayor desarrollo se da en las constituciones europeas de posguerra. Vanossi ha caracterizado al "constitucionalismo social" como una suerte de adaptación racional del Estado de Derecho clásico a las nuevas realidades. Dicha continuidad supone no solamente la pretensión racional sino también el principio fundamental de que a todo acrecentamiento del poder del Estado corresponde, proporcionalmente, igual incremento de los controles [245].

La denominada "función social de la propiedad" aparece como uno de los institutos característicos del denominado Estado social de Derecho; pero a fuerza de decir verdad, en la delimitación del concepto mucho ha influido la doctrina social de la Iglesia Católica, a partir de la encíclica *Rerum Novarum*. En aquellos tiempos, las ideas provenientes del marxismo y del socialismo proudhoniano atacaban a la propiedad privada como base de la estructura de la sociedad burguesa-capitalista, frente a ello la Iglesia reaccionará condenando el uso abusivo de la propiedad aunque defendiendo la existencia de la propiedad privada como parte del orden natural de las cosas, siempre y cuando esté orientada hacia un fin útil.

La mencionada encíclica que correspondió al papa León XIII fue publicada en 1893, y entre otras consideraciones sostuvo: "...los socialistas, atizando el odio de los indigentes contra los ricos, tratan de acabar con la propiedad privada de los bienes, estimando mejor que, en su lugar, todos los bienes sean comunes y administrados por las personas que rigen el municipio o gobiernan la Nación. Creen que con ese traslado de los bienes de los particulares a la comunidad, distribuyendo por igual las riquezas y el bienestar entre todos los ciudadanos, se podría curar el mal presente. Pero esta medida es tan inadecuada para resolver la contienda, que incluso llega a perjudicar a las propias clases obreras y es, además, sumamente injusta, pues

[245] VANOSSI, Jorge R., *El Estado...*, cit.

ejerce violencia contra los legítimos poseedores, altera la misión del Estado y causa una completa confusión en la comunidad.

"Sin duda alguna, como es fácil de ver, la razón misma del trabajo que aportan los que se ocupan en algún oficio remunerado y el fin primordial que busca el obrero es procurarse algo para sí y poseer con propio derecho una cosa como suya. Si, por consiguiente, presta sus fuerzas o su habilidad a otro, lo hará por esta razón: para conseguir lo necesario para la comida y medios de vida; y por ello, merced al trabajo aportado, adquiere un verdadero y perfecto derecho no sólo a exigir el salario, sino también para emplearlo a su gusto. Luego si, reduciendo sus gastos, ahorra algo o invierte el fruto de sus ahorros en una finca, con lo que puede asegurarse más su manutención, esta finca realmente no es otra cosa que el mismo salario revestido de otra apariencia, y de ahí que la finca adquirida por el obrero de esta forma debe ser tan de su dominio como el salario ganado con su trabajo. Ahora bien, es en esto precisamente en lo que consiste, como fácilmente se colige, la propiedad de las cosas tanto muebles como inmuebles. Por tanto, los socialistas empeoran la situación de los obreros todos, en cuanto tratan de transferir los bienes de los particulares a la comunidad, puesto que, privándolos de la libertad de disponer de sus salarios, con ello mismo los despojan de la esperanza y de la facultad de aumentar los bienes familiares y de mejorar sus condiciones de vida" (ps. 2/3).

"...Y por esta causa de que es el único animal dotado de razón, es de necesidad conceder al hombre no sólo el uso de tos bienes, cosa común a todos los animales, sino también el poseerlos con derecho estable y permanente, y tanto los bienes que se consumen con el uso como los que, pese al uso que se hace de ellos, perduran" (p. 4).

"...El que Dios haya dado la tierra para usufructuarla y disfrutarla a la totalidad del género humano, no puede oponerse en modo alguno a la propiedad privada. Pues se dice que Dios dio la tierra en común al género humano no porque quisiera que su posesión fuera indivisa para todos, sino porque no asignó a nadie la parte que habría de poseer, dejando la delimitación de las posesiones privadas a la industria de los individuos y a las instituciones de los pueblos" (p. 6).

"Es tan clara la fuerza de estos argumentos, que sorprende ver disentir de ellos a algunos restauradores de desusadas opiniones, los cuales conceden, es cierto, el uso del suelo y los diversos productos del campo al individuo, pero le niegan de plano la existencia del derecho a poseer como dueño el suelo sobre el que ha edificado o el campo que cultivó. No ven que, al negar esto, el hombre se vería privado de cosas producidas con su trabajo. En efecto, el campo cultivado por la mano e industria del agricultor cambia por completo su fisonomía: de silvestre se hace fructífero; de infecundo, feraz.

Ahora bien, todas esas obras de mejora se adhieren de tal manera y se funden con el suelo, que, por lo general, no hay modo de separarlas del mismo. ¿Y va a admitir la justicia que venga nadie a apropiarse de lo que otro regó con sus sudores?" (p. 5).

El art. 38 de la Constitución de 1949 consagraba la función social de la propiedad, y bajo su vigencia tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Torrá Calas Montecchi" (Fallos 232:134), el 23/6/1955, diciendo: "...Que en las circunstancias señaladas está en juego, desde el punto de vista de las exigencias urbanas, la función social que según el art. 38 de la Constitución debe tener la propiedad...". En el caso, no obstante encontrarse vigentes las leyes que prorrogaban las locaciones urbanas, la Corte hizo lugar al desalojo de un inquilino que destinaba terrenos urbanos para plantar hortalizas.

Pero las restricciones al ejercicio de la propiedad privada, en orden a la "función social" que la misma debe cumplir, no deben buscarse solamente en el texto de la Constitución. La Constitución Nacional vigente no establece ninguna limitación de ese carácter, y la Constitución justicialista de 1949, cuya aplicación a un caso concreto recién hemos referido, debe tomarse como un hecho aislado, toda vez que careció de legitimidad; como ha quedado finalmente reconocido al jurarse la reforma de 1994 que no la menciona entre sus antecedentes [246]. La Constitución de 1949 nació viciada en origen al no cumplir los extremos del art. 30, CN en cuanto a las mayorías necesarias en cada Cámara, pero fue además, en lo estrictamente político, una Constitución "impuesta" por un sector de la sociedad a otro.

La función social de la propiedad no se ha manifestado de manera directa en la letra de la Constitución Nacional, toda vez que el texto originario de 1853/1860 sólo sufrió reformas menores en la última parte del siglo XIX y, por lo demás, estuvo mucho tiempo sin regir debido a las frecuentes interrupciones del orden jurídico por parte de los golpes de Estado. Sin embargo, ha tenido su puerta de entrada por vía de la interpretación jurisprudencial realizada por la Corte Suprema, al aplicar la legislación de emergencia en lo económico y social a partir de la década del 20.

En cuanto al derecho de fondo, la reforma del Código Civil operada por la ley 17.711 en el año 1968, ha receptado las limitaciones al ejercicio absoluto de la propiedad cuando se vean afectados bienes sociales o derechos de terceros. La reforma igualmente incluyó la figura del abuso del derecho (art. 1071), el vicio de lesión (art. 954) y la teoría de la imprevisión (art. 1198).

[246] En efecto, el 24 de agosto de 1994, en Concepción del Uruguay, se juró la Constitución Nacional de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994.

No obstante que la letra del art. 17, CN no ha sufrido reformas, sino que, por el contrario, la última reforma que tuvo lugar en 1994 se concretó sobre la base de un compromiso político previo de no modificar la parte dogmática, como fue expresado en la ley 24.309, no puede negarse el embate legislativo que ha pesado sobre la interpretación de la norma constitucional.

4. La propiedad y la doctrina de la emergencia

El punto de inflexión se produce el 28 de abril de 1922 cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronuncia en autos "Agustín Ercolano v. Julieta Lanteri de Renshaw" (Fallos 136:170). En esa oportunidad, se revierte el criterio de estricta aplicación de las normas constitucionales al derecho de propiedad y los contratos. Solamente la disidencia del Dr. Antonio Bermejo se atuvo a la jurisprudencia anterior, que databa del fallo "Hileret v. Provincia de Tucumán" (Fallos 98:24, del 5/9/2003).

El cambio de jurisprudencia se acentuó con la crisis de 1930 y la Corte siguió los precedentes de la Suprema Corte de los Estados Unidos, especialmente los recaídos en "Home Building and Loan Association v. Blaisdeli" (290 US 398, 1934), "Nebbia v. New York" (291 US 502, 1934) y "West Coast Hotel v. Parrish" (300 US 379, 1937), donde se pasó de una "interpretación estática" de la norma constitucional a una "interpretación dinámica" que contemplaba la realidad económica y social. El fallo que mejor expresa esa tendencia en nuestro medio es "Avico v. De la Pesa", de 1934 (Fallos 172:29). En esa tendencia estaba también implícito, como lo fundamentó la Corte en "Ercolano", el paso de la doctrina del "poder de policía" restringido a la tesis ampliada del mismo, originaria también de los Estados Unidos ("Munn v. Illinois").

No vamos a extendernos ahora acerca de la doctrina de la emergencia en lo económico y social, debido a que entendemos que ya estará suficientemente tratada en otra parte y porque no queremos salirnos del cauce de tratamiento del derecho de propiedad, que es el tema que nos ocupa [247]. Sin embargo, no podemos dejar de reiterar el embate que la doctrina de la emergencia supuso sobre los límites del derecho de propiedad y sobre la institución jurídica del contrato, aun cuando su finalidad haya sido la de protegerlos, según los propios fallos sostienen.

Podríamos resumir que existía en aquel tiempo una doble limitación sobre el concepto del derecho de propiedad: una proveniente de la función social en que la doctrina colocaba el concepto, y una segunda proveniente de

[247] Sobre el punto, pueden verse los trabajos del autor, publicados en los boletines informativos de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, "De Constantineau a la doctrina de la revolución *triunfante*" y "Economía y Constitución".

la doctrina de la emergencia. La jurisprudencia de nuestros tribunales se vio notoriamente influenciada por la Suprema Corte de los Estados Unidos al ampliar el poder de policía a la materia económica y social en los fallos "Home Building and Loan Association v. Blaisdell", "Nebbia v. New York" y "West Coast Hotel v. Parrish", y especialmente el primero de los tres citados, que fue tomado por nuestra Corte Suprema para fundamentar la sentencia recaída en la causa "Avico v. De la Pesa", del 7/12/1934 (Fallos 172:29), convalidando la ley 11.741 que prorrogó el vencimiento de los contratos de mutuo con garantía hipotecaria, reduciendo además la tasa de interés al 6% durante ese período. Sostuvo la Corte entre los considerandos del fallo que "...Ese desastre económico es tan hondo y ha cambiado tan bruscamente el valor de la propiedad y de todos los productos de la agricultura y ganadería, y consiguientemente el precio de los arrendamientos de los campos y casas, que si el Congreso no se hubiera resuelto a establecer la moratoria, y especialmente la rebaja del interés de los créditos hipotecarios, los acreedores hipotecarios que percibieron durante años su capital en una moneda extraordinariamente valorizada dentro del país, por la emergencia, adquirirían en realidad un valor de compra muy superior al que dieron en préstamo...". Y en otra parte se agrega: "...En consecuencia, podemos afirmar que la gravedad y extensión de la crisis económica justifican ampliamente la ley impugnada; que todas sus disposiciones se proponen salvaguardar en lo posible un fin legítimo, como es el interés público comprometido en esta grave emergencia; y que los medios empleados, la moratoria para el pago del capital por tres años, y del pago de los intereses por seis meses vencidos, así como el 6% en la tasa del interés, son justos y razonables, como reglamentación o regulación de los derechos contractuales". En este importante fallo se fijan los límites del ejercicio del poder de policía en la emergencia económica.

Es importante tener en cuenta la evolución de la jurisprudencia de la Corte norteamericana en la época señalada. Como bien se sabe, no solamente la Constitución de Estados Unidos ha servido de modelo a la nuestra en materia de presidencialismo y federalismo, sino que también las sentencias de la Suprema Corte de aquel país han acuñado doctrinas que fueron, a su vez, seguidas por nuestro máximo tribunal. Esa fidelidad era mayor a principios y mediados de siglo. Téngase en cuenta como dato relevante al efecto que la reforma constitucional de 1994 no ha tomado como modelo a la Constitución norteamericana, a pesar de las enmiendas introducidas, ni siquiera en las cuestiones referidas al federalismo o al sistema fiscal federal, por el contrario, la reforma tomó como modelos comparados a las constituciones europeas, y especialmente a la Constitución española de 1978.

La Corte Suprema norteamericana ha elaborado una doctrina de doble jerarquía o "doble estándar" en cuanto a las cláusulas constitucionales, de modo tal que de un lado se ubican los "derechos económicos" y por el otro, las llamadas "libertades fundamentales", justificándose una mayor discrecionalidad por parte del legislador en la reglamentación de los derechos económicos.

Según destaca Alberto B. Bianchi, desde comienzos de la década de 1940, la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos ha tomado rumbos muy distintos cuando se trata de leyes de regulación económica y de derechos personales, como la libertad de expresión, de reunión, de religión, etc. En cuanto a las primeras, prácticamente la Corte no ha declarado inconstitucionalidades, avocándose a las llamadas "libertades preferidas" [248].

De ese modo, las restricciones al derecho de propiedad son validadas por la Corte Suprema en distintos pronunciamientos, entre los que cabe enumerar a "Inchauspe v. Junta Nacional de Carnes" (Fallos 199:483); "Russo v. Delle Donne" (Fallos 243:472); "Cine Callao" (Fallos 247:121) y "Fernández Orquin v. Ripoll" (Fallos 264:416). En este último, resuelto el 31/5/1966, la Corte emitió, entre otros, los siguientes considerandos: "...Que es importante señalar que esta Corte tiene decidido que no es acertada una interpretación estática de la Constitución Nacional, porque ella dificulta la ordenada marcha y el adecuado progreso de la comunidad nacional que debe acompañar y promover la ley fundamental (Fallos 256:588 y otros). A lo que debe agregarse que la interpretación dinámica resulta imperiosa cuando a la clásica consagración de la garantía de las libertades individuales y jurídicas se agregan cláusulas de contenido social que requieren la exégesis concertada del conjunto, como lo es el actual art. 14 nuevo de la Constitución Nacional...". Y más adelante agrega: "...las cláusulas legales que congelan las rentas de los fundos agrícolas arrendados, ya sea por constituir ellos colonias de renta, ya por ser propiedad de sociedades anónimas, pueden estimarse respaldadas constitucionalmente en cuanto tendientes a la proscripción de formas de explotación rural que conspiran contra la expansión económica y social en razón de que dificultan la radicación de los arrendatarios y el ulterior proceso que de ella, y de la mejora económica de aquéllos, se espera...".

Destaca también Bianchi que durante los gobiernos *de facto* correspondientes a los períodos 1966/1973 y 1976/1983 —especialmente en el primero— se observa una vuelta de la jurisprudencia a la línea "Hileret-Lochner", de protección clásica a la propiedad individual [249].

[248] BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, ps. 414 y ss.

[249] BIANCHI, Alberto B., *Control...*, cit., nota 12.

Así pueden mencionarse, entre otros, los casos "Muñiz Barreto de Álzaga, Juana v. Destefanis, Antonio" (Fallos 270:374) y "Provincia de Santa Fe v. Nicchi", del 26/6/1967 (Fallos 268:112), en este último la Corte admitió la actualización indemnizatoria por expropiación a la fecha de la sentencia definitiva con estos términos: "...para mantener intangible el principio de la justa indemnización frente a la continuada depreciación de la moneda, el valor del bien expropiado debe fijarse al día de la sentencia definitiva, supuesto que entonces se transfiere al dominio y que el pago sigue a esa sentencia sin apreciable dilación. Porque si así no fuese, debe incluso quedar a salvo el derecho del expropiado a ser resarcido de la mora injustificada que lo perjudique...".

En los casos "Cía. Nobleza de Tabacos SA" (Fallos 287:175), "Córdoba del Tucumán SA" (Fallos 292:604) y "Alemann y Cía. SA" (Fallos 292:50), la Corte exhibió un criterio fiscalista en materia impositiva, en tanto que en "Ventura v. Banco Central" (Fallos 294:152) se recordó "...es jurisprudencia de esta Corte que el término propiedad empleado en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional ampara todo el patrimonio, incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales o inmateriales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, y de su vida y libertad; entre ellos, los derechos emergentes de los contratos".

En las sentencias recaídas en "Vieytes de Fernández" (Fallos 295:973) y "Valdez v. Gobierno nacional" (Fallos 295:937), la Corte consagró como principio la indexación monetaria en deudas de dinero.

En el período que va desde 1983 a 1989, la Corte Suprema se caracteriza por encumbradas sentencias que ponen el acento en los derechos individuales y sus garantías, entre ellos el derecho de propiedad; circunstancia que ha sido puesta de manifiesto por el Dr. Augusto Mario Morello al destacar el activismo judicial durante este período en su obra *La Corte Suprema en acción* [250], destacando cómo se van perfilando nuevos institutos de protección, como la operatividad de los derechos constitucionales, el *certiorari* y la acción declarativa.

En materia de responsabilidad del Estado por actos lícitos puede notarse una tendencia jurisprudencial a incrementar la responsabilidad estatal en favor de los particulares. De ese modo, en "Sánchez Granel Obras de Ingeniería v. Dirección Nacional de Vialidad" (Fallos 306:1409) se reconoce una amplitud en la indemnización por acto lícito del Estado que fue posteriormente morigerada en "Motor Once SA v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" [251].

[250] MORELLO, Augusto M., *La Corte Suprema en acción*, Platense - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

[251] Ver BIANCHI, Alberto B., *Control...*, cit.

En el caso "Rolón Zappa" (Fallos 308:1848) el Alto Tribunal determinó que el haber mínimo jubilatorio debe ser, por lo menos, del 82% móvil de la categoría en actividad, produciéndose como consecuencia una conmoción económica en el Poder Ejecutivo a la que se pretendió dar fin decretando la emergencia previsional. Esta línea jurisprudencial, protectora de la libertad individual durante este período, se quiebra finalmente con el caso "Cambios Teletour SA v. BCRA", donde se convalidó la resolución del Banco Central que obligaba a las entidades del sistema a venderle el excedente de las posiciones netas en divisas de determinadas fechas anteriores, a un tipo de cambio menor al entonces vigente, importando una conducta confiscatoria.

5. La propiedad en el modelo neoliberal

La reforma de 1957, realizada por la Revolución Libertadora pero legitimada por la práctica posterior y por la reforma de 1994, incluyó el art. 14 bis, claramente orientado en la corriente del denominado "constitucionalismo social", aun cuando no se refirió expresamente al derecho de propiedad, sino a los derechos del trabajo y la seguridad social.

Las reformas de las constituciones provinciales siguieron igual tendencia, pudiendo distinguirse dos etapas: aquellas que fueron dictadas después de la reforma de 1957, al pasar algunos territorios nacionales a conformarse en provincias, y aquellas que se reformaron después de 1983, al recuperarse la democracia.

La reforma de 1994 incluyó la adhesión de la República Argentina a tratados internacionales de derechos humanos que supeditan el uso de la propiedad a un fin social, como el caso del art. 21, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que expresa textualmente: "1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social...".

La cuestión adquiere su importancia habida cuenta del carácter obligatorio del Pacto en el campo internacional y el sometimiento a una instancia judicial de revisión como es la Corte Interamericana de Justicia.

Sin embargo, es de destacar que los tratados internacionales de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, en la medida en que sean complementarios y no deroguen ninguna disposición de la parte dogmática (conf. art. 75, inc. 22, CN). La cuestión de si la ley puede o no limitar el uso de la propiedad a un interés social es materia a ser examinada por el juez argentino a la luz de la Constitución Nacional.

La posibilidad de incluir en la Constitución una cláusula expresa que consagrara la función social de la propiedad ha manifestado fuertes resistencias en los sectores más conservadores de la sociedad argentina. En gran

parte se debió a esta razón, la autolimitación de modificar la parte dogmática de la Constitución. Cabe también recordar la resistencia a este tema que causó el fallido intento de reforma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires por parte del gobernador Cafiero en la década del '80.

La prohibición de modificar la parte dogmática no ha impedido, sin embargo, que se incorporaran principios axiológicos en otra parte de la Constitución, concretamente en el art. 75, referido a las facultades del Congreso, y que es donde parece asentarse el "núcleo axiológico" de la reforma reciente. En tal sentido, el inc. 19 del art. 75, al proclamar el crecimiento económico con "justicia social", vuelve a la afirmación de contenidos del constitucionalismo social. Hemos afirmado, en ese sentido, que el tramo del constitucionalismo social se fortaleció en la reforma [252].

Sin embargo, y a pesar de eso, las emergencias constitucionales han servido en todos los casos para restringir al derecho de propiedad. Así ocurrió en el período antes indicado del Estado benefactor y así también está ocurriendo, paradójicamente, en la etapa actual, cuando se está recorriendo el camino inverso desde el Estado benefactor hacia el modelo neoliberal. Aun cuando pueda debatirse con serio fundamento si los modelos de ajuste constituyen o no un tránsito hacia el neoliberalismo, podemos convenir que en términos generales existe consenso en denominar a los programas económicos actuales en América latina como modelos neoliberales en tanto proponen un retorno a la economía de mercado sobre la base de transferir a los particulares propiedad estatal a través de programas de privatizaciones y de reformas en el sector público. En sentido estricto, el "neoliberalismo" implica la vuelta al Estado liberal con el aporte del Estado social en materia de políticas previsionales. Se ha dado en este punto un debate dentro del propio liberalismo a partir de la caída del muro de Berlín y la pérdida de vigencia de los modelos de economía planificada. Parte de ese debate tuvo lugar en Estados Unidos, a fines de los años ochenta, entre las ideas de John Rawls y Robert Nozick [253], y puede ser ejemplificado de manera muy resumida en el libro de Michel Albert, *Capitalismo v. Capitalismo*, donde confrontan dos modelos dentro del mismo sistema, un capitalismo "manchesteriano", de tinte economicista, y un capitalismo "renano", de tinte social.

El ajuste en América latina tiene —por el momento, y mientras dure esta larga transición— más de manchesteriano que de renano. La paradoja

[252] Puede verse nuestro artículo "El ideario...", cit.

[253] RAWLS, John A., *Theory of justice*, desarrolla una explicación racional de la "mano invisible" que contempla las demandas solidarias del todo social. NOZICK, Robert, en *Anarquía, Estado y utopía*, por su parte sostiene que el Estado sólo debe concentrarse en las funciones elementales para proteger la seguridad y la propiedad, desarrolla así la idea del "Estado mínimo" y el "Estado ultramínimo".

está en que a medida que las políticas de privatizaciones y de reforma se han profundizado, no ha corrido de manera pareja y correlativa la afirmación de los principios liberales que pudieran afirmar ese capitalismo. De ese modo, la propiedad volvió a ser víctima de restricciones.

La doctrina de la emergencia volvió a tener protagonismo en esta etapa de transformación, así como en sus tiempos se acudió a la emergencia para transitar desde el Estado liberal al Estado social; de manera inversa en nuestros tiempos se acudió a la emergencia para transitar desde el Estado benefactor al modelo neoliberal. Esta situación se verifica con el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la década del 90, donde aparece como dato previo y relevante el aumento de los miembros del Alto Tribunal de cinco a nueve, conforme lo dispuesto por la ley 23.774.

El punto de inflexión que marca el comienzo de esta nueva etapa puede encontrarse en el fallo "Peralta, Luis A. v. Estado nacional (Ministerio de Economía) s/amparo", del 27/12/1990, por el cual el Alto Tribunal sentó la doctrina que convalidó la vigencia de los decretos "de necesidad y urgencia", al admitir la apropiación de depósitos a plazo fijo de particulares y su canje por bonos de la deuda externa (Bonex) a diez años, se lo consideró como "reprogramación de pasivos", por razones de emergencia en la que consideró afectada "la supervivencia del Estado", generando, a partir de allí, un criterio ampliatorio de la doctrina de la emergencia y de afectación del derecho de propiedad que convalidó una amplitud de facultades del Poder Ejecutivo, en desmedro de la división de poderes de la Constitución Nacional. Por su parte, en el fallo "Videla Cuello v. Provincia de La Rioja", resuelto el mismo día, mes y año que el anterior, se hizo lugar a una desafectación de fondos embargados para su ejecución, fundamentándose en la Ley de Emergencia Administrativa 23.696 y en el dec. reg. 1105/1989 [254].

[254] En su excelente obra BIANCHI, Alberto B., *Control...*, cit., intenta una clasificación de las "libertades preferidas" de nuestra Corte Suprema en distintos períodos, conforme a los lineamientos similares de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Destaca de ese modo que el período iniciado en 1990 sigue una tendencia "liberal" en materia económica, en tanto que la Corte ampliada es mucho menos "liberal" en materia de derechos fundamentales que la Corte anterior, circunstancia puesta de manifiesto en casos como "Montalvo", sobre tenencia y consumo individual de estupefacientes, revocando la doctrina de "Bazterrica" y "Capalbo" y retomando al criterio anterior de "Colavini".

A nuestro juicio, la posición en materia económica que toma la Corte a partir de "Peralta" no es precisamente una posición liberal, toda vez que se esgrime un doble discurso al afirmarse principios liberales pero utilizando una fuerte intervención del Estado, de centralismo, de economicismo y de presencia del Estado como negociador de la deuda externa ante los foros internacionales. Las restricciones a la libertad, sobre todo en materia impositiva, son prueba evidente de esa tendencia.

6. La propiedad en la reforma constitucional de 1994

La ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional, prohibió expresamente las reformas a la primera parte de la Constitución Nacional, dejando así vedada toda eventual modificación sobre el régimen de la propiedad, que en lo sustancial se mantiene dentro de los límites fijados por la Constitución histórica.

Ello no obsta, sin embargo, a que podamos apuntar algunos aspectos que se derivan del otorgamiento de "jerarquía constitucional" a un grupo de tratados, protocolos y declaraciones sobre derechos humanos, en el art. 75, inc. 24 del texto constitucional, no obstante la salvedad de la última parte del mismo en cuanto a que no derogan ningún artículo de la primera parte y que deben considerarse complementarios de éstos.

En orden a tal complementariedad pueden apuntarse cuestiones que se relacionan con las garantías del derecho de propiedad y aun de la libertad personal relativa a la propiedad y al pago de impuestos, de donde resultarían reforzadas las garantías constitucionales en materia fiscal —protectorias de la propiedad— en cuanto al caso de la prohibición de la prisión por deudas y la confrontación del derecho a ser oído con el principio *solve et repete*, así como del confronte de algunas garantías como el *non bis in idem* con los principios de la Ley Penal Tributaria. Todos estos aportes resultan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica [255].

El art. 7° del Pacto de San José de Costa Rica establece que "...7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios". El gobierno argentino, al suscribir el instrumento de ratificación, entendió que era necesario establecer una ampliación a las excepciones y, en consecuencia, hizo la reserva de que este inciso debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de la detención por deuda no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas, a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito independiente.

El Estado argentino ha dejado a salvo diversos supuestos no previstos por la Convención, como los relacionados con el incumplimiento de obligaciones impositivas, previsionales, aduaneras, y otras situaciones calificadas por ley como "subversión económica".

El tema de las reservas es de gran importancia toda vez que el texto del art. 75, inc. 22 condiciona la jerarquía constitucional de los tratados aprobados "en las condiciones de su vigencia", de donde resulta, conforme interpretación de la Corte Suprema en el caso "Giroldi, Horacio David", del 7/4/1985, que deben tenerse en cuenta las reservas formuladas por la Nación y no el texto originario del tratado [256].

[255] Véase DALLA VIA, Alberto R. - GUTMAN, Marcos G., *Régimen penal tributario*, prólogo del Dr. José Osvaldo Casás, Némesis, Buenos Aires, 1997.

De las explicaciones que se han dado para justificar el *solve et repete* ninguna resulta del todo satisfactoria, siendo la más adecuada la de Griziotti en el sentido de que es una institución autónoma con finalidad protectora de las finanzas públicas.

La eliminación de la regla como consecuencia de la creación del Tribunal Fiscal de la Nación y la reforma de la ley 11.683, permite a los contribuyentes y responsables optar entre la vía del nuevo órgano instituido o la judicial (art. 78), en favor de su protección jurisdiccional. Aun cuando para la mayoría de la doctrina, la creación del Tribunal Fiscal de la Nación no habría afectado la situación frente a la regla *solve et repete*, habida cuenta de que el organismo se inserta en la órbita del Poder Ejecutivo.

Hay doctrina que considera actualmente derogado o improcedente el principio *solve et repete* desde la incorporación del Pacto de San José de Costa Rica al derecho argentino; el Pacto establece el derecho a un proceso razonablemente rápido para determinar los derechos y obligaciones del justiciable, incluso los de orden fiscal.

Para Bidart Campos no es claro que de dicha norma se pueda inferir necesariamente la inaplicabilidad actual del *solve et repete*, sin perjuicio de que por otros argumentos quepa rechazarlo por inconstitucional.

Por estar en juego en la causa judicial el art. 8°, inc. 1° del Pacto, la disidencia de los jueces Levene y Fayt en el fallo de la Corte de fecha 3/12/1991, recaído en el caso "Argencard SA v. Municipalidad de Gral. Pueyrredón", estimó que debía descalificarse la sentencia recurrida por haberse omitido el tratamiento del punto. Esta causa versaba sobre el reclamo fiscal contra una decisión municipal que determinaba el pago de un derecho de publicidad y propaganda, y la empresa actora alegó que, por la citada norma del Pacto, no debía pagarlo antes de promover el juicio.

La aplicación rígida del *solve et repete* jamás puede impedir el acceso a la jurisdicción cuando el justiciable que pretende liberarse del pago de un tributo, o impugnar su constitucionalidad, carece de capacidad económica cierta para oblar el monto de la carga antes de demandar su repetición o exención.

La otra cuestión que a nuestro juicio impacta sobre el concepto de propiedad es el inc. 17 del art. 75, que al reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas les reconoce también derecho de propiedad sobre las tierras que ocupan, abriendo el debate acerca de si se ha incorpo-

[256] Véase DALLA VIA, Alberto R. - GUTMAN, Marcos G., *Régimen...*, cit., p. 189.

rado una forma de propiedad colectiva dadas sus peculiaridades o si debe intentarse interpretarlo dentro del marco general y tradicional del derecho de propiedad individual.

Téngase en cuenta a los efectos de lo antes señalado, que el inciso de referencia establece textualmente: "*Corresponde al Congreso...* 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*".

Del propio texto se desprende un régimen especial de propiedad, comunitario, al que se accede por la posesión tradicional y da derecho a nuevas accesiones posibles. La norma constitucional establece además privilegios especiales en materia impositiva y sobre la posibilidad de embargos, aunque sujeta a la condición de la no enajenación de las mismas. Tratándose de una norma programática, es menester su reglamentación por el Congreso, la que no podrá vulnerar su espíritu con excepciones reglamentarias (arg. art. 28, CN).

El tema no se encuentra aún legislado, pero es de notar que nuestro sistema jurídico articulado sobre la propiedad privada, individual, se encuentra de pronto sorprendido por el reconocimiento jurídico constitucional de formas de propiedad colectiva o comunitaria. Del mismo modo en que también se ha visto sorprendido el régimen general de la responsabilidad civil al incorporarse, en el nuevo art. 41, la obligación integral de reconstituir el daño en materia ambiental [257].

Estas modificaciones constitucionales en la parte orgánica, que terminaron impactando en la parte dogmática, forman parte de los "contrabandos normativos" de la reforma, conforme la expresión debida al profesor Néstor Pedro Sagüés [258]. A esa misma categoría corresponden otras modificaciones que también influyen sobre la interpretación de las garantías, como el concepto de "igualdad real de oportunidades", varias veces enunciado (arts. 75, incs. 19 y 23, y 37, CN) y que impacta sobre la interpretación clásica del

[257] Conforme lo disponen los tratados internacionales sobre la materia, la reconstitución del daño en materia ambiental no se satisface con el pago de una indemnización, sino que se trata de volver un ecosistema al estado anterior a que el daño se produjera.

[258] Sagüés utilizó la expresión en un conjunto de artículos periodísticos publicados durante el tiempo en que sesionó la Convención Nacional Constituyente de Santa Fe - Paraná, en el diario *La Nación*.

principio de igualdad formal o igualdad ante la ley (art. 16, CN), una de cuyas derivaciones es la garantía de igualdad en materia fiscal (art. 16 *in fine*).

7. Los tratados sobre derechos humanos

Directamente relacionado con el punto anterior se encuentra el tema de la incorporación a la Constitución Nacional de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), de donde resultan una cantidad de disposiciones específicas que no derogan los derechos contenidos en la primera parte de la Constitución Nacional y que deben entenderse como complementarios de éstos. La protección del derecho de propiedad fue un pilar fundamental para la concepción liberal que predominó en los principios de nuestra organización constitucional. Al respecto sostenía Juan Bautista Alberdi que constituía un principio elemental de riqueza la más completa garantía del derecho de propiedad. Cuanto más se restrinja el uso y goce de la propiedad, más se paraliza la producción y el desarrollo económico. Con el correr del tiempo, la evolución de las ideas políticas y sociales hicieron cambiar el concepto de propiedad que inicialmente era individualista y cercano a lo absoluto. Hoy ya no se habla de un valor absoluto, sino de limitaciones en función del bienestar general, o, también, de la función social de la propiedad. Las normas siguientes reflejan esa evolución de ideas hacia un derecho de propiedad con mayor contenido social. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. IX sostiene que "toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio"; el art. X dice que "toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia"; en tanto que por el art. XIII "toda persona... tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor". Finalmente, el art. XXIII establece que "toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar".

La Declaración Universal de Derechos Humanos en el art. 17 dice: "1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad"; en tanto que el art. 27 establece en su punto 2: "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora".

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 15.1 señala que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: ...c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora...".

En la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el art. 5° dice: "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el art. 3° de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: ...d) Otros derechos civiles, en particular: ...v) El derecho a ser propietario, individualmente o en asociación con otros...".

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fuera de lo ya expuesto en el parágrafo anterior, el art. 21 trata sobre el derecho a la propiedad privada, estableciendo: "1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".

8. La propiedad y sus garantías

De la inviolabilidad de la propiedad como principio resultan las garantías para su protección, toda vez que "no hay derecho sin acción" (Chiovenda) y toda vez que, según ya hemos expuesto, la idea de seguridad —seguridad jurídica— es consustancial al concepto de propiedad como parte del área de reserva individual propia del principio de autonomía individual.

Si nos atenemos a la diferenciación clásica, realizada por Joaquín V. González, entre declaraciones, derechos y garantías, esta última categoría corresponde a los mecanismos o formas para proteger o hacer valer los derechos [259], resulta que el derecho de propiedad cuenta para su protección con todas las vías procesales ordinarias y extraordinarias que surgen de la división de poderes del art. 1° y del debido proceso, establecido en el art. 18, CN.

Dentro de los procedimientos ordinarios, las leyes prevén procesos especiales cuando está en juego la propiedad, como el caso del juicio de reivindicación, contemplado por el Código Civil o los casos especiales de adquisición de la propiedad, como el juicio de usucapión. En ese sentido podríamos incluso concluir que todos los procesos civiles o comerciales en que se discuten cuestiones patrimoniales garantizan el derecho de propiedad y deberíamos incluir en tal categoría —inclusive— a los juicios de indemnización por daños y perjuicios, así como a los juicios sucesorios, a las particiones y divisiones de condominios, etc.

[259] GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual...*, cit.

Pero encontramos tratamiento particular en las leyes procesales que tratan sobre interdictos para recuperar o retener la propiedad amenazada, a través de mecanismos ágiles y rápidos, y también encontramos especial protección en el Código Penal, que legisla sobre violaciones a la propiedad como bien jurídico protegido, destacándose los delitos de hurto, de robo y de apropiación indebida, como figuras pasibles de pena ante toda acción (u omisión) típicamente antijurídica y culpable.

Especial consagración constitucional tiene el procedimiento de expropiación, que proviene —según se ha dicho— de la tradición francesa y que requiere como extremos mínimos su calificación de utilidad pública y la indemnización "previa". Sobre la base de tales parámetros constitucionales las leyes han regulado el instituto. En distintos pronunciamientos judiciales, entre los que se destaca el *leanding case* "Provincia de Santa Fe v. Nicchi", se ha dicho que la declaración de utilidad pública por el Congreso es una de las cuestiones políticas no judiciables, aunque sí cabe controlar la razonabilidad del proceso expropiatorio.

La Constitución Nacional también prevé la acción de amparo en resguardo de los derechos fundamentales cuando no se trate de la libertad ambulatoria ni de la violación a la dignidad por vía de informaciones falsas o distorsionadas, casos especialmente cubiertos por el "hábeas corpus" y el "hábeas data", respectivamente. La acción de amparo tuvo origen pretoriano en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en los fallos "Ángel Siri" (1957) y "Samuel Kot" (1958), consagrando el amparo contra actos del poder público y contra actos de particulares, respectivamente.

El amparo encontró sanción legal con la Ley de Amparo 16.986 dictada durante el gobierno *de facto* del general Onganía y con la habilitación del juicio sumarísimo en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. A pesar de que podríamos bien afirmar que en nuestro derecho la propiedad ha constituido uno de los derechos o libertades "preferidos" en materia de control de constitucionalidad tanto por vía de amparo como por vía del recurso extraordinario de constitucionalidad, es de lamentar que el balance de tal jurisprudencia exhiba una tendencia restrictiva del derecho de propiedad [260].

La incorporación del amparo en el art. 43 de la Constitución reformada en 1994 constituye un hecho muy auspicioso, toda vez que el amparo consagrado es una acción de gran amplitud que no sólo ha eliminado el requisito

[260] La Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió la plena validez del amparo como vía para revisar la constitucionalidad de un acto del Poder Ejecutivo en el fallo "Peralta, Arsenio v. Gobierno nacional (Ministerio de Economía)", de enero de 1990.

del previo agotamiento de la vía administrativa, sino que también ha ampliado notablemente los límites de la legitimación activa al establecer un amparo colectivo en defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, en defensa del ambiente, en casos de discriminación y de protección de todo derecho colectivo en general.

De ese modo se ha abierto la posibilidad de que el amparo resulte el remedio procesal apto para oponerse a los intereses económicos privados y a los casos de abuso de poder económico. En distintas circunstancias ha sido esta acción la que ha permitido oponerse a políticas de facturación y reclamos abusivos por distintas empresas de servicios públicos privatizados, de donde la figura de la acción de amparo contra actos de particulares resulta de especial interés.

En los últimos años se ha abierto camino en el campo procesal, y con especial relación a la materia impositiva, la acción meramente declarativa o acción declarativa de certeza prevista en el art. 322, CPCCN. Algunos autores, entre quienes cabe citar a Spisso, proclaman las ventajas de esta acción en el terreno del derecho tributario constitucional [261].

9. Las garantías constitucionales en materia fiscal

El tema de la tributación, los impuestos o el poder de imposición del Estado, se contrapone directamente con el derecho individual de propiedad, en tanto según ya lo explicáramos, el poder de imposición es, justamente, una de las limitaciones que el orden constitucional reconoce al derecho de propiedad por razones de origen histórico y que tiene por fundamento la necesidad del Estado de que los ciudadanos contribuyan a su sostenimiento.

Allí es, precisamente, donde descansa su fundamento ético, toda vez que, como lo expresara Nino, parece razonable la cuota de sacrificio que el sistema impone a sus integrantes toda vez que es la propia finalidad del sistema la de proteger los derechos fundamentales. De ahí surge también la fundamentación debida a Joseph Raz en cuanto a que en el sistema democrático no hay razones que justifiquen la desobediencia al propio ordenamiento [262].

El mismo Juan Bautista Alberdi había destacado la necesidad de que todos contribuyan a los gastos del Estado por aquello de "sin rentas no hay gobierno, sin gobierno no hay Nación". En la actualidad, el art. XXXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que "Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos".

261 SPISSO, Rodolfo S., *Derecho constitucional tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

262 RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho*, Oxford University Press.

Ahora bien, es también un antiguo principio del constitucionalismo el que los impuestos deben pagarse cumpliendo las formalidades establecidas en las leyes, a cuyo efecto las constituciones establecen garantías específicas que resguardan el derecho de propiedad individual frente a las pretensiones no pocas veces voraces del Fisco. La Constitución de la Nación argentina contiene garantías específicas que avanzan en ese sentido.

El principio de legalidad en materia fiscal es una derivación específica, para la materia tributaria, del principio de legalidad general que surge de la última parte del art. 19 de la norma constitucional. Se encuentra enunciado en el art. 17 que trata justamente del derecho de propiedad, en el párrafo donde dice que sólo el Congreso impone las contribuciones a que se refiere el art. 4°, párrafo que a su vez debe complementarse con el propio art. 4° cuando habla *"de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General..."*. También enfatizan el principio de legalidad los incs. 1° y 2° del art. 75 en cuanto a la facultad del Congreso de crear impuestos.

La inclusión en las constituciones del principio de legalidad en materia fiscal es una lógica derivación del viejo principio *no taxation without representation*, y entre otras manifestaciones tradicionales, relacionadas con el mismo, se encuentra la costumbre inglesa de iniciar por la Cámara baja el tratamiento de toda ley sobre impuestos. Ese principio general se encuentra en al art. 52, CN (art. 44 antes de la reforma), aunque podría considerarse como un caso de excepción especial al mismo el tratamiento de la Ley de Coparticipación Federal que necesariamente debe tener inicio en la Cámara de Senadores, conforme lo dispone el art. 75, inc. 2°, CN.

Directamente ligado con el principio de legalidad en materia fiscal se encuentra la sanción de normas impositivas mediante decretos de necesidad y urgencia y a través del mecanismo de delegación legislativa, ambas modalidades fueron muy utilizadas durante la emergencia económica y durante el período correspondiente a la reciente reforma del Estado.

La instrumentación de normas impositivas a través de decretos de necesidad y urgencia ha sido expresamente vedada por la reforma constitucional en el art. 99, inc. 3°, cuando señala que en ningún caso ese mecanismo puede utilizarse para sancionar normas en materia penal, tributaria, sobre régimen electoral o partidos políticos. También el art. 76 prohíbe expresamente la delegación legislativa, salvo en materia administrativa o en situaciones de emergencia.

Desde nuestro punto de vista, debe armonizarse la interpretación de estas modalidades excepcionales de instrumentos paralegislativos, de manera tal que verificada una situación de emergencia como lo prevé el art. 76, en ningún caso la delegación legislativa podría sobrepasar los límites materia-

les establecidos por el art. 99, inc. 3°, como límites de esa emergencia: lo penal, lo tributario, el régimen electoral y de partidos políticos.

La cuestión se ha visto en todo caso limitada por la jurisprudencia que ha reducido la exigencia legal a la determinación del hecho imponible, librando a la actividad reglamentaria la posibilidad de modificar alícuotas [263].

El principio de igualdad en materia fiscal se encuentra enunciado en la última parte del art. 16, CN cuando dice: "La *igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas*". La jurisprudencia tradicional ha entendido la igualdad en sentido formal, entendiéndose como tal a la "igualdad ante la ley" y no, necesariamente, a una igualdad en sentido absoluto.

Desde la perspectiva demoliberal, inspiradora de la Constitución histórica, la igualdad absoluta sería inclusive antinatural, toda vez que el positivismo científico exigía partir de ideas evolucionistas que consideran a los hombres distintos entre sí por la propia naturaleza, de donde algunos nacen con más capacidades que otros, y no correspondería a las leyes humanas alterar ese orden natural sino dejar que confluyan libremente en el mercado, en un sistema que asegure la competencia como regla.

Fue así que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación elaboró una interpretación del concepto de igualdad ante la ley que no significa, necesariamente, igualdad matemática sino "igualdad ante circunstancias iguales o similares" y "no establecimiento de discriminaciones arbitrarias". Sobre la base de tales consideraciones, la igualdad en materia fiscal admitió el tratamiento diferenciado por "categorías" de contribuyentes ante distintos tributos.

En torno del concepto de igualdad se han ido produciendo, sin embargo, distintas modificaciones y cambios conceptuales que surgen del carácter primordial que le otorgaran los movimientos basados en el denominado "constitucionalismo social", que pusieran el énfasis en los derechos de segunda generación o derechos sociales. Así como los derechos civiles y políticos de primera generación, nacidos del Estado liberal de Derecho, pusieron el acento en el valor libertad, los derechos de segunda generación levantaron la bandera de la igualdad. Como señala Peces Barba, es, en definitiva, en la dialéctica entre libertad e igualdad donde se halla el ámbito de desarrollo de los derechos fundamentales [264].

Esa evolución ha llevado a que junto a la aparición de otros conceptos paralelos como la "función social de la propiedad", la igualdad sea entendida como sinónimo de "no discriminación", desplegándose un gran espectro de derechos diferenciados por minorías y acunándose como concepto de

[263] Para un tratamiento más extenso de este tema véase SPISSO, Rodolfo S., *Derecho...*, cit.

[264] PECES BARBA, G., *Derechos...*, cit.

rango constitucional el de la "igualdad real de oportunidades" (arts. 37, 75, incs. 19 y 23, CN):

La igualdad real de oportunidades como paradigma puede llevar a la elaboración de un nuevo concepto de propiedad donde la "igualdad material" se confronte con la "igualdad formal" entendida hasta la actualidad. En general, en los tratados y documentos de derechos humanos que han incluido el concepto de igualdad material o igualdad real de oportunidades, la misma se ha entendido como ausencia de discriminaciones y como la obligación a cargo del Estado de remover obstáculos para la plena realización de los derechos individuales y sociales.

En materia de derecho tributario, la evolución del concepto lleva en algunos sistemas jurídicos, como es el caso de la Constitución española de 1978, al establecimiento del principio de la progresividad en el pago de los impuestos. En el ámbito jurídico argentino algunos autores, como el Dr. José Osvaldo Casás, sostienen la vigencia del principio de "capacidad contributiva" que no está expreso en la Constitución Nacional pero que surgiría de la combinación del principio de igualdad ante la ley (art. 16) con el principio de razonabilidad (art. 28) [265].

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha justificado aplicar criterios progresivos para el pago de tasas que, como se sabe, son por su naturaleza contraprestaciones por un servicio que normalmente responden a una tasa fija. En el caso "Navarro Viola" se sostuvo, sin embargo, que el pago de tales tributos podía adecuarse a la capacidad económica particular del contribuyente.

A pesar de las buenas intenciones que animan a la interpretación efectuada por el Dr. Casás, nosotros somos contrarios a las interpretaciones extensivas de la Constitución por considerarlas peligrosas. Si se admite ir más allá del texto constitucional en la interpretación, nunca se sabe muy bien dónde puede detenerse tal extensión, razón por la cual creemos que la interpretación constitucional debe ser muy rigurosa, aun cuando esto a veces suponga dejar de lado intenciones positivas como la mencionada.

También el Dr. Casás, en un artículo publicado en el *Boletín de la Asociación de Estudios Fiscales*, ha sostenido la existencia de un principio de "uniformidad" en el pago de los impuestos. La instrumentación técnica de este principio resulta sumamente valiosa y se desprende de recomendaciones que surgen de distintos textos comparados, de donde tal uniformidad respondería a una aplicación ponderada de la igualdad, la equidad y la proporcionalidad. En nuestra opinión, se aplican al caso las mismas observaciones antes apuntadas respecto de la capacidad contributiva. En el caso parti-

[265] CASÁS, José O., *Presión fiscal e inconstitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

cular de la uniformidad, no vemos la razón de complicar aún más el panorama garantista cuando nuestro texto constitucional es muy claro y muy enfático respecto del concepto de igualdad ante la ley, y francamente no se ven las razones que justifiquen diferenciar uniformidad de igualdad.

Sí, en cambio, es de lamentar que la reforma constitucional de 1994 haya desperdiciado la oportunidad de reforzar las garantías constitucionales en materia fiscal y de ese modo atender a los requerimientos de una ciudadanía acosada por el atropello en los procedimientos fiscales, en lugar de concentrarse tanto en los objetivos políticos partidarios y los acuerdos interpartidarios. Podrá objetarse que el tema de las garantías constitucionales en materia fiscal no estaba "habilitado" por el legislador en la ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional 24.309.

La objeción es válida y es demostrativa de las urgencias políticas de la reforma, que en materia tributaria se limitó a habilitar un federalismo fiscal consagratorio de la coparticipación federal impositiva, un verdadero desvío de las prácticas constitucionales y cuyo tratamiento en la Convención perdió de vista el "deber ser" de conformar un sistema tributario justo, equitativo y duradero para las generaciones futuras, concentrándose, en cambio, en las urgencias de corto plazo negociadas entre los gobernadores de provincias y el Ministerio de Economía de la Nación.

Los convencionales constituyentes tuvieron la oportunidad de reforzar las garantías cuando trataron el sistema federal fiscal en los incs. 1°, 2° y 3° del art. 75. Del mismo modo que en otros incisos del art. 75 introdujeron cuestiones axiológicas reforzadoras de garantías. Como ejemplo de las posibilidades que presentaba en ese sentido el proceso constituyente aparece la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que ha sistematizado un universo garantista en materia fiscal, donde inclusive se deslegitiman las denominadas "moratorias impositivas" por considerarlas contrarias al principio de igualdad [266].

El principio de irretroactividad de la ley fiscal deriva también del art. 17, CN en cuanto consagra la inviolabilidad de la propiedad como requisito general. El derecho tributario se enmarca como una manifestación contundente de la soberanía del Estado a través de su poder de imposición. Puede afirmarse así que el derecho penal y el derecho tributario son las dos ramas de la actividad jurídica donde más se manifiestan estas circunstancias, de ahí también resulta que en estas dos materias jurídicas la irretroactividad de la ley es la regla y no la excepción, como a la inversa resulta del principio general para todas las leyes que surge del art. 3°, CCiv.

266 Véase DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1996.

No obstante el énfasis con que suele anunciarse el principio de irretroactividad de la ley fiscal, el mismo ha admitido una gran cantidad de excepciones, que en la práctica relativizan su efectiva vigencia. Cabe decir también que no obstante esa asimilación con el derecho penal en cuanto a manifestación de soberanía estatal se trata, las garantías en materia fiscal son más débiles, no existiendo aquí principios de propia exclusividad de aquella materia como el de *in dubio pro reo* o ley penal más benigna. En cambio, sí aparecen manifestaciones de principios que se trasladan de una materia a la otra, como el *non bis in idem* en la materia penal tributaria [267].

El principio de no confiscatoriedad es el que por su propia naturaleza se encuentra más ligado al derecho de propiedad en sí mismo, siendo su base constitucional el texto del art. 17, CN cuando dice que la propiedad es inviolable, de manera que todo lo que constituya una violación a la propiedad y no se encuentra especificado entre las excepciones especialmente contempladas, resulta confiscatorio.

La difusión de este principio como garantía constitucional de la tributación es una característica que se ha afirmado, en general, en los países de América latina. Las legislaciones europeas, entre ellas la española que en los últimos años ha influido notoriamente en nuestra doctrina tributarista, no se ocupan mucho de este aspecto, que en general consideran una cualidad propia del derecho de propiedad en sí mismo [268].

Partiendo de la base de que todo aquello que represente un violación al derecho de propiedad es, por principio, una confiscación, el problema será determinar en cada caso específico si tal vulneración se produjo o no. El último párrafo del art. 17 es expresivo en cuanto a que el Estado no podrá realizar requisaciones de ninguna especie y es también enfático cuando expresa que la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino.

El problema de la confiscatoriedad de los impuestos, derivada de la presión fiscal, plantea cuestiones de límites: ¿hasta dónde puede llegar el Estado? ¿Dónde debe detenerse para no afectar el derecho de propiedad? Ya el mismo Alberdi había recomendado que los impuestos no debían afectar al patrimonio ni a los individuos en forma individual y directa, sino que en todos los casos era preferible gravar la circulación de bienes y, en su caso, la renta.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido variando, pero en general pueden resumirse los siguientes criterios: a) la presión fiscal, en lo posible, debe recaer sobre la renta y no sobre el capital;

b) el límite de la confiscatoriedad se ha ubicado en un porcentaje, en general se reconoce que la presión impositiva no debe superar el 33%;

267 DALLA VIA, Alberto R. - GUTMAN, Marcos G., *Régimen...*, cit.

268 Sobre este tema véase NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo, *El principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y Argentina*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

c) la doble imposición es admitida desde el punto de vista de su constitucionalidad en la medida en que no supere los límites de la confiscatoriedad respecto del mismo hecho imponible.

Finalmente, cabe mencionar el principio de razonabilidad que surge del art. 28 de la Constitución y establece que la reglamentación de los derechos no debe ir más allá de la sustancia de estos mismos. Sobre la base de ese artículo y de su juego interpretativo con el art. 14 de la norma constitucional, la jurisprudencia ha construido lo que se denominó la "regla de la razonabilidad", explicada por Juan Francisco Linares como un "debido proceso sustantivo", donde, a la manera del debido proceso adjetivo, debe haber una subsunción de premisas de manera que los hechos se incardinen a las normas y éstas a la Constitución [269].

Bidart Campos nos dice que se trata en definitiva de un "concepto jurídico de justicia", de modo que, a su entender, la última parte del art. 19, CN debe ser leída como que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley (justa) ni será privado de hacer aquello que la ley (justa) no prohíbe" [270].

La generalidad de la regla de razonabilidad, aplicada por la Corte al *leading case* "Cine Callao", de 1960, no obsta a su aplicación particularizada a la materia tributaria y, por el contrario, abre la puerta a un más adecuado ejercicio del control de constitucionalidad, en donde los derechos fundamentales y, en especial el de propiedad, quedan muchas veces a merced de los más fuertes atropellos y excesos por parte del poder estatal. Es el derecho constitucional, en definitiva, el ámbito y la materia que trata sobre la protección de la sociedad a través de la imposición de límites al poder.

Por eso, las garantías enunciadas se relacionan directamente con el derecho de propiedad y con los derechos económicos e individuales en general. Constituyen, en definitiva, un escudo protector contra el desmesurado avance fiscal en tiempos de ajuste que, si bien responde a razones objetivas como la necesidad de mejorar la recaudación y cambiar los hábitos de comportamientos tales como la evasión y la elusión de impuestos, no debe hacerlo a costa de los derechos fundamentales de la Constitución, verdadero *"palladium* de la libertad" o "arca guardadora de nuestras más sagradas libertades", según dijera la Corte muy tempranamente en el recordado caso "Eduardo Sojo".

Distintas razones han influido para conformar uno de los datos más sobresalientes de la realidad: el protagonismo de la política fiscal en sus distintas manifestaciones, incluyendo entre estas últimas a los instrumentos jurídicos para desarrollarlos. En los últimos años, junto a la reforma del Estado, ha tenido lugar una reforma fiscal, que ha puesto el acento en la lucha contra la evasión y en la preocupación por mejorar los niveles de recaudación.

El equilibrio fiscal, además de constituir uno de los objetivos que debe alcanzar el Estado en el campo de las finanzas, resulta ser un requisito imprescindible para el sostenimiento del valor de la moneda.

Por su parte, la reforma del Estado, con la consecuente reforma fiscal, ha operado en un marco ideológico de transformación desde el "Estado interventor" hacia el modelo neoliberal, poniendo de resalto valores individualistas a favor de un criterio economicista en la valoración del derecho y, sobre todo, de la idea de eficiencia.

En el trasfondo de esa tendencia influyen también algunas escuelas muy en boga en las universidades estadounidenses, enroladas en el denominado AED *(Law & Economics)*, que ponen su atención preferente en una valoración de los instrumentos jurídicos de los fines perseguidos por ellos, desde el punto de vista de la regla "costo-beneficio".

No sería razonable dejar fuera de la enunciación de razones el alto grado de evasión existente en nuestro sistema, que en gran parte ha sido corregido por la rígida aplicación de los instrumentos fiscales. En ese campo ha intervenido la ineficiencia de la política fiscal durante muchos años, tanto a nivel del Estado nacional como de las provincias, como así también un componente cultural al cual la sociedad argentina es muy proclive: la "anomia". Carlos Nino destacó este aspecto en un excelente libro donde la evasión fiscal aparece como una de las manifestaciones más claras de una tendencia cultural de desapego al cumplimiento de las normas formales [271]. La política fiscal ha centrado la lucha, en gran parte, contra ese elemento.

Ése ha sido el criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver en el fallo "Dr. García Pinto, José v. Mickey SA s/infracción, art. 44, inc. 1°, ley 11.683", del 5/11/1991, cuando señaló que "...la indagación de la voluntad del legislador permite inferir, sin ejercer violencia alguna sobre el texto legal, que la ley fiscal no persigue como única finalidad la recaudación fiscal, sino que se inscribe en un marco jurídico general, de amplio y reconocido contenido social en el que la sujeción de los particulares a los reglamentos fiscales constituye el núcleo sobre el que gira todo el sistema económico y de circulación de bienes...", agregando que "...resulta errónea una concepción de la libertad que la mantenga aislada del cumplimiento de aquellas obligaciones que atiendan al respeto de los derechos de la comunidad y de la finalidad ética que sustenta al Estado...", criterio que ha sido ratificado en otros fallos posteriores, como "Horvath, Pablo v. Fisco Nacional (DGI) s/ordinario (repetición)".

269 LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso sustantivo como garantía innominada en la Constitución Nacional*, Astrea, Buenos Aires.

270 BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1992.

271 NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992.

CAPÍTULO VIII

LEGALIDAD Y DEBIDO PROCESO

1. El debido proceso adjetivo

Si bien hemos dicho que ningún artículo de la Constitución tiene —desde el punto de vista jurídico— más valor que los demás, no caben dudas de que el art. 18 tiene una particular relevancia como norma garantista de la libertad física o personal, que es condición de las demás libertades o derechos.

Las garantías aseguran y permiten el pleno ejercicio de los derechos. En tal sentido, el término "garantista" no tiene la significación despectiva que en algunos ámbitos pretende otorgársele, sino, por el contrario, la expresión se encuentra relacionada con el más estricto acatamiento de la Constitución y de las leyes que tienen al hombre como sujeto principal de protección jurídica, limitando la intervención del poder estatal en materia de aplicación de las penas.

En buena medida, el desarrollo de las ideas en esta materia se ha relacionado con la evolución de las teorías sobre la humanización de las penas y la "socialización" de los condenados, sin embargo, no pocas veces el término ha adquirido una equívoca valoración en cuanto se lo relaciona con un mayor o menor grado de severidad en la aplicación de las leyes por parte de los jueces, generándose equivocados debates en términos de "mano dura" o "mano blanda".

La soberanía estatal en su acepción más descarnada del ejercicio del poder se manifiesta con más fuerza en el ámbito penal y tributario. De allí que en tales ramas las garantías constitucionales sean más firmes y específicas y, también, en las que se ha dado la mayor evolución histórica del llamado "garantismo".

El art. 18 ha sido calificado como un "escudo protector" de la libertad individual; fue sancionado por la Convención Nacional Constituyente de 1853 en la sesión del 25 de abril, pero su contenido recoge una evolución sucesiva de antecedentes, entre los que se encuentra el Reglamento Orgánico de 1811, así como el decreto de seguridad individual de 1811 emitido por el Triunvirato, algunas de cuyas disposiciones (arts. 1°, 2°, 3°, 6° y 9°) son fuente del artículo comentado. El Estatuto de 1815 dedicaba en la secc. VII todo

el cap. I a expresar los derechos y garantías de la seguridad individual, en tanto que el Reglamento Provisorio de 1817 reprodujo, en su mayor parte, los textos del Estatuto de 1815, igual criterio siguió tanto la Constitución de 1819 como la de 1826 [272].

Señala Ferrajoli que "...los principios sobre los que se funda el modelo garantista clásico, la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y presunción de inocencia, son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada liberal. Los filones que se entreveran en esta tradición madurada en el siglo XVIII son muchos y distintos: las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas de la separación de poderes y de supremacía de la ley, el positivismo jurídico y las concepciones utilitaristas del derecho y de la pena... Y, sin embargo, más allá de la heterogeneidad y de la ambivalencia de sus presupuestos teóricos y filosóficos es cierto que los principios mencionados, tal y como se han consolidado en las constituciones y codificaciones modernas, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario..." [273].

La abolición de los tormentos y otras formas medievales de castigo fue contemporánea al nacimiento de la regla del debido proceso y a la presunción de inocencia en tiempos de aparición del Estado y del derecho penal como sistema de garantías de la libertad, especialmente incrementadas a partir de la célebre denuncia del marqués de Beccaria en su libro *De los delitos y las penas*; de manera que la ejecución penal dejaría de ser considerada como el mero uso de la fuerza estatal para pasar a constituir el cumplimiento de una sentencia ajustada a derecho.

En términos genéricos, podemos decir que el art. 18 consagra el "derecho a la jurisdicción", vale decir el derecho a recurrir ante un órgano imparcial e independiente para solucionar una controversia, función que es exclusiva del Estado y dentro del mismo al Poder Judicial de manera específica. Asimismo, al consagrar el "debido proceso", garantiza la defensa en juicio de la persona y los derechos para la obtención de una sentencia justa.

Vale la pena aclarar que en un párrafo de este artículo se señala que el domicilio es inviolable, como así también la correspondencia epistolar y los papeles privados, de donde surge el llamado derecho a la privacidad que debe distinguirse del derecho a la intimidad, resguardado en la primera parte del art. 19. La confusión aparece porque los norteamericanos llaman *privacy* a lo que nosotros conocemos como protección de la intimidad.

272 GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional...*, cit., t. 2, ps. 132 y ss.

273 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit.

La *presunción de inocencia* rige mientras una persona no haya sido declarada culpable por una sentencia firme. Tal presunción da lugar a la llamada "libertad procesal", aunque la ley y la jurisprudencia han entendido que ello no impide la aplicación de medidas cautelares como el arresto o la prisión preventiva, en la medida en que las misma resulten "razonables".

El principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* exige una doble precisión: a) prohibición de un hecho o mandato de realizarlo, describiendo claramente el "tipo delictivo" y b) que contenga la pena o sanción. La ley penal debe ser anterior al "hecho" del proceso, de manera que la incriminación y punición por ley posterior no son válidas por aplicación del principio de *irretroactividad de la ley penal*, no pudiendo tampoco aplicarse las leyes penales por analogía. El principio de irretroactividad de la ley cede cuando se trata de la aplicación de la "ley penal más benigna".

La garantía del *juez natural* está en buena medida ligada a la prohibición de los "fueros personales" (art. 16) y alcanza a todas las ramas del derecho y no solamente al ámbito penal. Las leyes procesales establecen la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, de manera que el Estado de Derecho garantiza la preexistencia de los mismos *antes* de la aparición de la causa que deberá juzgar bajo su conocimiento. Consecuencia de ese principio es que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales ni sacado de los jueces designados antes del hecho de la causa.

Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo es un principio directamente ligado al valor otorgado a la prueba de confesión como *probatio probatisima* en el procedimiento inquisitivo. La garantía apunta a proteger la dignidad personal de cualquier tipo de coerción. En tal sentido, el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica establece que la confesión del inculpado sólo es válida si es hecha sin coerción alguna.

Específicamente en materia de garantías en el proceso penal, Bidart Campos resume las siguientes:

a) No hay delito ni pena sin ley previa.

b) Toda condena requiere juicio previo y sentencia fundada en ley.

c) Las formas sustanciales del juicio penal son: acusación, defensa, prueba y sentencia.

d) El proceso penal debe sustanciarse con la mayor rapidez razonable y posible.

e) No puede sustanciarse en rebeldía del imputado.

f) No puede exigirse declaración contra sí mismo.

g) Los principios de aplicación de la ley penal más benigna y de *in dubio pro reo*, no tienen rango constitucional.

h) La ley consagra también el principio de *non bis in idem*, o sea que nadie puede ser procesado ni castigado sino una sola vez por la misma infracción, según reza el art. 7° del CPP.

i) El Pacto de San José de Costa Rica incluye la garantía de *recurrir*, lo que significa que en el juicio penal debe existir la doble instancia provocada por recurso.

j) La Corte entiende que el prófugo (que voluntariamente se sustrae a la jurisdicción de los jueces) no está legitimado para invocar la protección de garantías que con su conducta discrecional ha desconocido, por ende, no puede usar del recurso extraordinario ante la Corte [274].

El mismo autor resume también las garantías que hacen a la ejecución de la pena:

a) Están abolidos los tormentos y los azotes.

b) Está abolida la pena de muerte por causas políticas.

c) Está abolida la confiscación de bienes (art. 17) [275].

Cabe agregar que la incorporación a nuestro sistema jurídico de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, en el art. 75, inc. 22, CN, ha traído como consecuencia la obligatoriedad de una cantidad de garantías precisas en materia penal, que han profundizado la tendencia doctrinaria de ciertos sectores ideológicos en cuanto consideran "garantistas" a estas disposiciones que emanan en su mayoría de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [276].

Entre las garantías específicas en materia penal se encuentran aquellas referidas al tiempo máximo de la detención, al cómputo de la prisión preventiva, al derecho de ser asistido por un defensor, a una instancia de revisión, etc. Tales disposiciones tuvieron efectos prácticos, como ocurrió con la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Maqueda" [277], que obligó a la República Argentina a crear la Cámara de Casación Penal para asegurar en el orden federal el derecho a tal revisión y aun cuando subsisten fundadas críticas doctrinarias en cuanto a que tal instancia de revisión no sería tan amplia en la actualidad [278].

2. El principio de legalidad

El texto del art. 19, introducido en la Convención Constituyente de 1853, tuvo como antecedente el art. 194 de la Constitución de 1813, redactado por la Sociedad Patriótica y Literaria y fue tomado de la Constitución

274 BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, cit., t. I, ps. 472/473.

275 BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, cit.

276 EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado...*, cit., t. III.

277 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 17/1994.

278 Corte Sup., 7/4/1995, "Giroldi, Horacio David", causa 32/93.

de Venezuela de 1811, a su vez inspirada en el art. 5° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789 [279].

Se trata de una norma fundamental de nuestro ordenamiento, especialmente por la última parte que enuncia un principio liminar de limitación, clásico del constitucionalismo que se reduce a los siguientes términos: lo que no está prohibido está permitido. Ése es el principio de reparto a favor de la libertad individual limitando el poder público que, *a contrario sensu*, es siempre limitado. Mientras los individuos pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba, el principio es que los poderes públicos sólo tienen competencias expresas. Delegadas en principio por las provincias a la Nación (art. 121) y delimitadas para cada poder: el Legislativo en el art. 75, el Ejecutivo en los arts. 99 y 100 y el Judicial en los arts. 116 y 117.

En una concepción positivista kelseniana, el art. 19 de nuestra Constitución Nacional representa la norma de clausura del sistema, de manera que a partir de su adecuada interpretación, podrían integrarse las eventuales lagunas lógicas del ordenamiento normativo. Un destacado filósofo del derecho argentino, que alcanzó renombre universal, el profesor Carlos Cossio definió al art. 19 como el *prius ontológico de la libertad*, porque a partir de su interpretación cabe una interpretación lógica y ordenada del principio de unidad en la interpretación de nuestra norma fundamental.

Pero además de la premisa lógica "lo que no está prohibido está permitido", la parte final del artículo agrega un elemento lógico formal de legitimidad y es que tal prohibición o autorización debe ser efectuada por ley. Se sacraliza de ese modo, como eje o fundamento de nuestro sistema, la necesidad de que la expresión de la voluntad general deba ser formal y conforme a los procedimientos que la Constitución determina, ya que es el cumplimiento de tales pautas procesales la que justifica al sistema. Está la máxima rusoniana "dentro de la ley todo, fuera de la ley nada", pero también la máxima kantiana "cada hombre es un fin en sí mismo". En nuestro sistema constitucional, el fin no justifica los medios.

La primera parte del art. 19, al proteger las acciones privadas de los hombres, protege el ámbito de la intimidad y de la conciencia individual en la medida en que no sean cuestiones públicas que no afecten la moral o el orden público ni perjudiquen a un tercero. Carlos Nino puso el acento en el llamado "principio de autonomía personal" conforme al cual todo individuo tiene derecho a perseguir sus propios planes de vida sin que el Estado intervenga con actitudes paternalistas. Como expresara John Stuart Mill, la democracia es un sistema que sirve para formar mayorías en las decisiones

279 SAMPAY, Arturo E., *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975.

pero no para que una determinada mayoría imponga a una determinada minoría cómo ésta debe vivir. De tal manera, el principio de autonomía individual se relaciona con los principios de dignidad e inviolabilidad de la persona humana [280].

A partir de tales premisas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la década del 80 fue abriendo una línea aperturista de interpretación y adecuado balance entre distintos valores y derechos constitucionales haciendo centro en el mencionado art. 19, estableciendo un *standard* que contempló el principio de unidad interpretativo y la valoración del daño a terceros como límite externo del ejercicio de los derechos constitucionales en una perspectiva marcadamente liberal".

3. La libertad de conciencia y el principio de reparto

La conciencia es la máxima expresión de la libertad, el derecho a la conciencia es el único que la acción externa del Estado no puede alcanzar o restringir, pertenece a nuestro fuero interior. Ya señalaba Montesquieu: "...La conciencia es libertad, y sólo desde la conciencia adquiere su verdadero y profundo sentido la vieja y olvidada definición: en un Estado, es decir, en una sociedad donde haya leyes, la libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe hacer, y en no estar forzado a hacer lo que no se debe querer..." [281].

Esta definición de Montesquieu contiene el principio liberal del reparto de normas y conductas que la mayoría de las constituciones demoliberales ha recogido y que en la nuestra se expresa en la fórmula de la última parte del art. 19, CN: "*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*".

Este principio de legalidad encierra el *prius ontológico* de la libertad al determinar que todo lo que no está prohibido está permitido y que toda prohibición debe estar expresa en la ley. Como la ley regula "conductas", es decir "actos exteriores" del hombre, la conciencia en su más puro sentido queda fuera de su alcance, según la interpretación que le dieron al problema nuestros más clásicos constitucionalistas.

Desde este punto de vista, el derecho de conciencia, que se manifiesta también en la libertad de creencia y en la libertad de pensamiento, es considerado como el único derecho constitucional absoluto en tanto pertenece al fuero interno y al no exteriorizarse en conducta está fuera de toda regulación legal [282].

280 NINO, Carlos S., *Fundamentos...*, cit.

281 MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*.

282 No puede dejar de advertirse que esta posición es cuestionada desde el punto de vista de quienes advierten la experiencia de mecanismos técnicos sofisticados, capaces de influir sobre la mente de los individuos.

El art. 19, CN, al que recién referíamos, señala en su primera parte que "*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan a la moral ni al orden público, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*".

La posición que podemos denominar "clásica", en nuestro derecho constitucional, consistía en diferenciar la libertad de creencias y la libertad de cultos. Así señalaba Segundo V. Linares Quintana [283], que la libertad de conciencia o de creencias es absoluta al encontrarse fuera del alcance de la ley humana, ya que las ideas y creencias, en tanto no se exterioricen, pertenecen al fuero íntimo del individuo.

Si las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (art. 19, CN), con mayor razón deben estarlo las ideas y creencias que no han llegado a exteriorizarse y que sólo existen o actúan en la mente de cada persona.

El culto, por su parte, según este autor, es el conjunto de actos y ceremonias con que los miembros de una religión rinden homenaje a su dios; es decir, consiste en la exteriorización de la creencia, por lo que la libertad de cultos es relativa, en cuanto puede afectar el orden social, la moral, las buenas costumbres y hasta el espíritu de las instituciones políticas. La libertad de cultos —observa González Calderón— supone, como es obvio, la de conciencia, que está, por definición, completamente fuera del alcance de la ley humana y existe a pesar de las restricciones o coacciones del poder del Estado: *On ne tue point les idees*. La libertad de conciencia es absoluta y las únicas limitaciones a que puede estar subordinada derivan de que el individuo adopta para sí un sistema de reglas de conducta moral, conforme al cual desarrolla sus pensamientos y forma sus convicciones. La libertad de cultos es relativa, condicional, en el sentido de que las leyes del país pueden reglamentar el ejercicio de los demás derechos civiles reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (arts. 14 y 33) [284].

En el mismo sentido que venimos señalando puede incluirse también la opinión de Esmein [285], quien señala que la libertad de conciencia "es el derecho de todo ciudadano de no poder ser obligado a profesar una religión en la que no cree, ni a participar en los actos exteriores por los cuales ella se manifiesta. La libertad de culto es el derecho de practicar los actos y ceremonias por los cuales se traduce al exterior una religión determinada. La liber-

283 LINARES QUINTANA, Segundo V., *Gobierno...*, cit.

284 GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, Librería Nacional, Buenos Aires.

285 Citado por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Gobierno...*, cit.

tad de conciencia es el primero de los derechos individuales que se ha afirmado en los tiempos modernos, como absoluto e inviolable".

Pero este concepto de la libertad de conciencia, formulado en esos términos, presenta un punto sumamente conflictivo que es aquel en el cual los principios o mandatos de conciencia deben convertirse en actos concretos, es decir, en conductas. En ese caso, puede ocurrir que la conducta sea contraria al sistema jurídico, no obstante estar contenida en un mandato del fuero interno. La pregunta que cabe hacerse es si existe en tal caso libertad de conciencia o si limitar solamente esto al ámbito del fuero interno no es tornar a la misma en ilusoria.

Desde este punto de vista, la libertad de conciencia de la cual hablaba Montesquieu no parece ser absoluta, dado que los conflictos que suelen plantearse entre los deberes originados por las leyes y los que provienen de la conciencia parecen ser inevitables, aun en el caso de que el Estado introdujera cláusulas generales como, por ejemplo, una que diga "la conciencia es inviolable y el Estado se abstendrá de imponer obligaciones que la contradigan".

Por esto es que, para hacer realmente efectiva la libertad de conciencia y dejar a la misma en una suerte de enunciado formal que lo torne en ilusorio, corresponde ampliar los márgenes de la concepción "clásica" que señaláramos, como así lo ha hecho la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema.

La Corte ha señalado que "la libertad de conciencia consiste en no ser obligado a realizar un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales" [286].

Esta ampliación del concepto de la libertad de conciencia a la realización o no realización de "actos" prohibidos por la misma, lleva a la conciencia al campo de la conducta humana y lo introduce más en el plano de lo jurídico, ya que habrá que atender a que algunas obligaciones jurídicas habrán de ceder frente a imperativos de conciencia, como ocurre con la objeción de conciencia.

Debe advertirse que este concepto de la libertad de conciencia acuñado por la Corte va en línea con el principio de "autonomía" de la persona humana, cuyo contenido se expresa en el art. 19, CN, y cuyo sentido ha sido notificado por la misma jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal a partir del caso "Bazterrica".

El concepto de la Corte es además bien claro al no limitar la conciencia al contenido religioso sino referirlo también a los motivos de índole moral. Creemos que tal concepto está en el camino correcto.

[286] Ver Fallos 214:139.

3.1. El principio de autonomía

El principio de autonomía de la persona humana es una elaboración clásica del liberalismo y se refiere a la no interferencia del Estado en los planes de vida particular de cada individuo [287]. Este principio prescribe que el Estado debe permanecer neutral respecto de los planes de vida individuales e ideales de excelencia humana, limitándose a diseñar instituciones y adoptar medidas para facilitar la persecución de esos planes individuales de vida y la satisfacción de los ideales de excelencia que cada uno sustenta, y para impedir la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Esta concepción, como señala Carlos Nino, se opone al enfoque "perfeccionista" según el cual es misión del Estado hacer que los individuos adopten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia humana homologados y, en consecuencia, que el derecho debe regular todos los aspectos importantes de la vida humana. De ahí la postura liberal de que el derecho debe sólo ocuparse de reprimir acciones que perjudiquen a terceros [288].

La justificación de esta postura liberal tiene muchas variantes distintas. Algunos la sustentan sobre la base de ciertas ideas sobre la legitimidad del Estado y el origen de la soberanía política. Otros, como Mill, justifican esta concepción antiperfeccionista aduciendo el valor de la libre experimentación en materia de planes personales de vida y la ineficacia de imponer coactivamente ideales de excelencia humana, que deben dejarse librados a la persuasión y al debate crítico.

Aun otros autores, como Rawls, recurren a cierta concepción de la persona moral que no está ligada a la satisfacción de ciertos fines sino a la libertad para elegirlos, y a una teoría ética sobre lo bueno que depende de la satisfacción de cualquier plan racional de vida que las personas propongan (dentro del marco de los principios de justicia).

Este principio de autonomía, cuya reafirmación y vigencia resulta de gran importancia para la realización efectiva del derecho de conciencia, ha recibido un especial fortalecimiento en la tendencia de nuestra Corte Suprema de Justicia en los últimos años.

Así, en el fallo en la causa "Bazterrica" del 29/8/1986, se destacan los siguientes considerandos del voto del Dr. Petracchi: "A medida que la vida social se complica por la incidencia de los progresos tecnológicos, por el amplio espectro abarcado por los medios modernos de comunicación, por la concentración de grandes poblaciones en los polos de desarrollo económico, y por el aumento de las múltiples presiones que este crecimiento de la so-

[287] Un análisis profundizado sobre el tema es el que realiza DWORKIN, Ronald, *Liberalismo*, donde combina las consecuencias de los principios de igualdad y de libertad.

[288] Ver NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

ciedad trae aparejado, deben extremarse los recaudos para la protección de la privacidad frente al riesgo de que la tendencia al desinterés por la persona, que estos procesos pueden implicar, conlleve a la frustración de la esfera de la libertad necesaria para programar una vida satisfactoria, especialmente en un contexto social que por múltiples vías opone trabas a la realización individual.

"Importa aceptar, entonces, que la protección material del ámbito de privacidad resulta también uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de las personas y un rasgo diferencial entre el Estado de Derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias (la autodeterminación de la conciencia individual), para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes personales de vida, no se vea frustrado.

"No extrañaría, por ende, que reforzada con razones tan rigurosas esa orientación, se proclame igualmente en el art. 19, CN que él resulta ser una pieza clave de esencial importancia en la consideración del sistema de libertades individuales que caracteriza a nuestro orden jurídico y, al rescatarlo de una segunda línea, la reflexión respecto de su alcance, ha visto que es imprescindible admitir la evidente trascendencia de tal disposición, pues al establecer la prohibición constitucional de interferir en la conducta privada de los hombres, responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos elijan" [289].

Esta cuestión de la afirmación del principio de autonomía en la doctrina reciente de la Corte ha sido brillantemente tratada por el Dr. Augusto Mario Morello en su obra *La Corte Suprema en acción*. Allí señala Morello que "la afirmación de los valores jurídicos superiores (con los claroscuros que, inevitablemente, en la Suprema Corte de los EE.UU. como en la nuestra debían producirse en cuestiones de tan álgida repercusión, por concernir al modo de pensar y de comportarse de la sociedad en sí), que se va operando con la mutación de la estructura social y de las ideas de Occidente, son realmente trascendentes" [290]. Tales aspectos también son puestos de resalto por otros autores [291].

La línea de avance del Supremo Tribunal, expresada con claridad en el caso Bazterrica, fue iniciada por otros pronunciamientos que fueron mostrando el consenso; entre otras pueden enumerarse las siguientes causas:

[289] Ver Corte Sup., 29/8/1986, "Bazterrica, Gustavo M.", LL 1986-D-550; ED 120-252, tanto el voto del tribunal como el voto particular del Dr. Petracchi.

[290] MORELLO, Augusto M., *La Corte...*, cit., señala que el accionar de la Corte ha cobrado una especial luminosidad, alojándose en el ámbito de la justicia de protección, plantándose enérgicamente frente al Estado en el empleo notorio del fallo "Rolón Zappa" al reconocerle a los jubilados la integridad de sus haberes (LL 1986-E-151; ED 120-563).

[291] Véase GRONDONA, Mariano, *Tendencias de la nueva Corte Suprema*.

"Ponzetti de Balbín" (Fallos 306:1892; JA 1985-V-510; ED 112-24); "Campillay" (LL 1986-C-411; ED 118-305); "Costa" (LL 1987-B-269; ED 123-128); "La Prensa" (LL 1987-D-592); "Sejean" (ED 121-534); "Capalbo, Alejandro C." (JA 1986-III-230); "Ferrari" (LL 1986-D-308).

En la causa "Capalbo, Alejandro C.", del 29/8/1986 [292], la Corte ha señalado que a los efectos de asegurar la libertad de conciencia cabe la interposición del recurso de amparo. Entre los fundamentos de dicha sentencia, que tuvo la disidencia de los Dres. Caballero y Fayt, se sostuvo que el ciudadano de este día se encuentra instalado en la era de la "dignidad del hombre".

Esta apelación a la dignidad de la persona, más allá de la propia protección a la conciencia que otorga el fallo, constituye una nueva reafirmación de los principios liberales que surgen de la Corte Suprema en la interpretación ampliada que se da al art. 19 [293].

Esta afirmación de principios ha sido reiteradamente enfatizada en el voto del Dr. Petracchi en el fallo "Bazterrica", donde afirma que "en la época del lavado de cerebro adquieren su mayor valor los severos principios limitativos de la actividad estatal, que una lectura humanista y fiel al sentido básico de la norma halla sin esfuerzo en el art. 19, CN" [294].

En otra parte, señala el mismo juez que "una reflexión acertada de la norma del art. 19, CN ha de partir de la evidente trascendencia de tal disposición, característica distintiva de nuestra Carta Magna, porque, al definir la esfera de libertad individual de los habitantes (no sólo de los ciudadanos), se emplaza como base fundamental para la arquitectónica de nuestro orden jurídico" [295].

Sobre la base de las argumentaciones que hemos señalado ha destacado Morello que cada nueva dimensión supone el reconocimiento de un ámbito exclusivo en la conducta de los hombres —reservado a cada persona y sólo ocupable por ella— que, con tanta visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad, desde temprano consagra nuestra Constitución y resulta esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipre-

[292] JA 1986-IV-230.

[293] NINO, Carlos S., *Introducción...*, cit.; *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires. Resume tres principios liberales de los cuales derivarían los derechos fundamentales:

a) *Principio de inviolabilidad* de la persona: prohíbe imponer sacrificios a un individuo por el solo argumento de que ello beneficie a otros individuos;

b) *Principio de autonomía de la persona:* da valor intrínseco a la persecución de los propios planes de vida e ideales de excelencia;

c) *Principios de dignidad de la persona:* prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tiene control.

[294] Corte Sup., 29/8/1986, "Bazterrica, Gustavo M.", LL 1986-D-550; ED 120-252.

[295] Corte Sup., 29/8/1986, "Bazterrica, Gustavo M.", LL 1986-D-550; ED 120-252.

sente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de la organización de la sociedad a la que pertenecen [296].

3.2. Los límites de la conciencia

El pleno ejercicio del derecho de conciencia o de la libertad de conciencia, como suele denominárselo, encuentra un primer límite en la colisión que puede producirse con otros derechos, como ocurre con todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución. Es bien conocida la máxima en cuanto a que el derecho de un individuo termina donde comienza el derecho de otro. Llevado esto a otros términos, resulta necesario recordar que en nuestro ordenamiento, todos los derechos son relativos, en tanto ellos se ejercen "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio" (art. 14, CN).

La protección de los derechos de terceros constituye una línea que no debe sobrepasar el derecho a la intimidad y los derechos que se incluyen en él como el de conciencia. Tal formulación también es clara en nuestra Constitución Nacional, en el mismo art. 19, cuando establece el límite en la *moral* y el *orden público* y *no perjudicar a terceros*.

Este límite, que surge de la máxima liberal asentada en nuestra Constitución, se impone, en definitiva, a la acción del Estado, que debe abstenerse de regular todo accionar individual en tanto no se afecten derechos de terceros ni se contravengan la moral pública ni el orden jurídico.

Una formulación clásica de este tema es la del inglés John Stuart Mill, para quien la interacción del derecho sobre el individuo tiene un límite preciso: el perjuicio que pudiera ocasionarse a terceros. En su libro *On liberty* afirma: "...El objeto de este ensayo es afirmar un solo principio investido del derecho de gobernar absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo por medio de la coacción y el control, tanto si los medios utilizados son la fuerza física en la forma de castigar legales, como la coacción moral de la opinión pública. Ese principio es que... el único fin para el cual puede ejercerse legítimamente el poder sobre cualquier miembro de la comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar el daño a otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es garantía suficiente" [297].

En este aspecto, un utilitarista como John Stuart Mill coincide con la postura liberal de que el derecho sólo debe ocuparse de reprimir acciones que perjudiquen a terceros. En tal sentido decía: "Tan pronto como cualquier aspecto de la conducta de una persona afecta en forma perjudicial los

[296] MORELLO, Augusto M., *La Corte...*, cit., destaca el artículo de AMADEO, José L., "El artículo 19 de la Constitución Nacional interpretado por la Corte Suprema en su actual integración", JA 1987-VIII-1011.

[297] MILL, John S., *On liberty*.

intereses de otro, la sociedad tiene jurisdicción sobre ellos y la cuestión de cuándo el bienestar general será o no promovido interfiriendo con esa conducta queda abierta a discusiones pero no hay lugar para considerar ninguna cuestión de este tipo cuando la conducta no afecta los intereses de nadie aparte de los de ella misma, o no la afectaría si ellos no lo quisieran (siendo todas las personas afectadas de edad madura y entendimiento normal). En este caso debe haber perfecta libertad, jurídica y social, para realizar la acción y atenerse a las consecuencias".

Si bien el límite de los derechos de terceros aparece como un límite claro y determinado para el libre ejercicio de la conciencia individual, no cabe caer en el extremo de relativizar el derecho de conciencia transformando a los derechos de terceros en un límite absoluto; en todos los casos, y como lo ha señalado la Corte, la prevalencia de un derecho frente a otro deberá ponderarse en el juego armónico de la Constitución Nacional, que a tal efecto debe interpretarse como una unidad.

Deberá ponderarse el "perjuicio" que se ocasiona a un tercero, debiendo el mismo consistir en la real vulneración de un derecho.

En todos los casos, el análisis armónico deberá hacerse a la luz del problema y del respeto por las minorías, haciendo siempre valer el principio de autonomía consagrado en el art. 19 como núcleo del ordenamiento, tal como fuera señalado por la Corte Suprema en la sentencia del caso "Portillo".

No nos detendremos mayormente a analizar el concepto de orden público al cual hace referencia el art. 19, CN, en tanto el concepto, tal como está formulado, se identifica con el orden jurídico, que constituye un límite a los derechos individuales, en tanto, como hemos señalado, todos los derechos son relativos.

La doctrina jurídica ha insistido en destacar lo borroso del concepto orden público. Humberto Quiroga Lavié, lo define como "el límite jurídico indisponible (imperativo) a la libertad privada" [298]; nos parece que el concepto es claro. Lo que resulta borroso es la ubicación del límite, pero esto es lógico y correcto que así sea, pues de lo contrario se parte del supuesto de que existe un orden jurídico natural que puede ser verificado empíricamente y contrastado con el desvío político del legislador. El positivismo jurídico ha desalentado tamaña pretensión. Lo único que se puede afirmar, en grado de conceptuación tentativa, es que el orden público no puede superar —en un Estado de Derecho republicano como el nuestro— el límite que haga del sistema un Estado totalitario.

Sólo la ley, en sentido estricto (emanada del Congreso), puede manifestar al saber público como límite de la libertad privada, no puede quedar

[298] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978.

el ámbito de la intimidad y la determinación de qué es lo que interesa al todo social en manos del Poder Ejecutivo, sino a cuenta del criterio deliberativo de los representantes del pueblo (en contra Sampay, que entiende a la expresión "ley" de la última parte del art. 19, CN en sentido lato).

Tampoco queda muy claro en la redacción del art. 19 si el término orden público tiene connotación propiamente jurídica o si es una referencia valorativa en tanto acompaña al término "moral" y el "orden" público parecen estar puestos como valores a respetar por los individuos, al igual que los derechos de los terceros.

La cuestión de la moral es más complicada. El art. 19 no habla de moral pública, sino simplemente de "moral" aunque, a nuestro entender, y por lo que señalábamos en el párrafo anterior, tanto éste como el orden público constituyen una dupla de valores a respetar por el individuo cuya característica es que deban ser "públicos".

La moral pública, al igual que el orden público, opera como límite indisponible de la libertad individual, pero, a diferencia de éste, aquélla no proviene de la determinación legal sino del sentido común social expresado por los usos y costumbres de la sociedad. Dicho sentido común está a veces expresado por el legislador y a veces por los jueces o por los órganos que aplicar la ley.

La cuestión es tremendamente importante, ya que se trata de determinar si el accionar de un individuo puede ser restringido por reglas morales, y, en tal caso, si los mismos deben ser públicos o si basta que se esté afectando la moralidad privada.

Tal cual nosotros lo entendemos, la norma del art. 19 de la Constitución impone la aplicación del derecho para aquellos casos en que se viole la moral pública. Es decir que la moral privada se encuentra en el límite de la intimidad y no puede ser alcanzada por la norma jurídica.

Desde este punto de vista podemos establecer una distinción entre dos esferas o dimensiones de la moralidad: el conjunto de reglas que prescriben el comportamiento hacia terceros (moral pública) y los ideales de excelencia humana o modelos de virtud personal (moral privada). La idea de que el derecho sólo puede interferir con acciones que perjudiquen a terceros se fundamenta en el punto de vista de que el derecho sólo debe hacer efectiva la moral pública y no la moral privada.

Ya el iusnaturalismo católico distinguía la órbita de la moral privada de los actos que correspondía sancionar al derecho. Decía santo Tomás de Aquino: "...y así la ley humana no prohíbe todos los actos, de los que se abstiene un hombre virtuoso, sino sólo se prohíben los más graves de los cuales es más posible abstenerse a la mayor parte de los hombres, especialmente aquellas cosas que son para el perjuicio de los demás, sin cuya prohibición

la sociedad no se podría comerciar, como son los homicidios, muertes y otros vicios semejantes" [299].

La cuestión de la interferencia jurídica sobre la moral suele ser puesta sobre el tapete por las corrientes de la filosofía analítica del derecho al analizar el famoso debate que protagonizaran en Inglaterra el juez lord Patrick Devlin y el profesor de la Universidad de Oxford H. L. A. Hart, en 1957. El debate en cuestión versó sobre las prácticas homosexuales en Inglaterra, a raíz de la propuesta de una comisión parlamentaria para introducir reformas al rígido derecho penal inglés, haciendo efectivo el ámbito de libertad personal que surge de los principios ya señalados [300].

299 *Suma Teológica* I-II. C 96, art. 3°.

300 En 1957, una comisión propuso al Parlamento una cantidad de reformas al derecho penal inglés, tendiendo, justamente, a hacer efectivo el ámbito de libertad personal en el sentido señalado por Mill.

Esta cuestión dio lugar a un célebre debate entre el juez lord Patrick Devlin y el profesor de la Universidad de Oxford H. L. A. Hart.

La iniciativa la tomó Devlin al criticar duramente el informe de la comisión. Sostuvo que en éste se asumían presupuestos filosóficos controvertibles acerca de la función del derecho penal. Dijo que tales presupuestos no se compadecían con muchos aspectos del derecho de Inglaterra, los cuales no eran aplicables en función de la protección de terceros: el que el consentimiento de la víctima no sea en general una defensa, la represión de los delitos de eutanasia, duelo, aborto, bigamia, incesto, etc. Lord Devlin reconocía que esto no era un argumento suficiente, puesto que podía sólo apoyar la conclusión de que el derecho inglés debía ser reformado todavía más allá de lo propuesto en el informe Wolfenden. Su principal argumento positivo era que la moralidad de una sociedad constituye un aspecto esencial de su estructura y determina su identidad como tal, en consecuencia, la sociedad está facultada para autodefenderse, evitando su modificación o destrucción, mediante la interferencia con actos que socaven las pautas morales básicas. Afirmaba también Devlin que no es posible establecer por adelantado límites teóricos al poder del Estado para legislar en materia de moralidad; el bienestar de una sociedad depende tanto de una moralidad estable como de un buen gobierno, y así como la sociedad está facultada a reprimir actos de traición y sedición que ponen en peligro al gobierno, también lo está para reprimir actos que amenazan con desintegrarla desde adentro.

Contra esta postura del juez inglés, sostenida en su libro *The enforcement of morals*, se levantó la réplica de Hart en *Law, liberty and morality*. Hart hace un primer ataque al abuso de los ejemplos a los que recurrió Devlin, para demostrar que el derecho inglés se conforma a su concepción; sostiene que muchos de esos ejemplos no consisten en la represión de meros actos inmorales sino en leyes "paternalistas" o en leyes que protegen la "decencia pública". Digamos que el paternalismo no era admitido por Mill en tanto que defiende los intereses de la gente en contra de su propia voluntad; por su parte Hart también objeta el paternalismo pero sostiene que aun éste es menos grave que la represión de la mera inmoralidad. En cuanto a la decencia, Hart nos dice que ella es diferente de la moral; así dice que no todo acto inmoral es indecente y, a la inversa, no todo acto indecente es inmoral (por ejemplo, las relaciones sexuales de los cónyuges realizadas en público).

Después de comentar estos ejemplos de Devlin, Hart se propone discutir la tesis extrema de Stephan de que la preservación de la moralidad social es algo bueno en sí mismo, como la tesis más moderada de lord Devlin de que tal preservación de la moral positiva es "instrumentalmente" valiosa como medio para defender a la sociedad. Contra la primera tesis Hart argumenta, en sín-

En este debate, sostenido por Devlin en su libro *Enforcement of morals* y por Hart en *Law, liberty and morality*, el primero asume una posición conservadora sobre la moral individual, donde se sostienen posiciones paternalistas de protección de la "decencia pública" que en muchos casos se confunden con ciertas reglas del derecho penal inglés. Hart, por su parte, sostiene la tesis contraria, afirmando, entre otras cosas, que si bien puede definirse "sociedad" de tal modo que ella debe tener una moral, no hay por qué identificar a la sociedad con cierta moral: la moralidad de la sociedad puede cambiar sin que ésta se destruya; dice Hart que este tipo de posiciones encubren una confusión entre democracia y "populismo moral". Es decir, la doctrina de que la mayoría debe determinar no quiénes deben gobernar, sino cómo los demás deben vivir. Según Hart, el derecho no debe inmiscuirse en la moral privada en aras de imponer coactivamente una moralidad que podría ser "extraordinariamente aberrante" [301].

3.3. El contenido del derecho de conciencia

Hasta el momento hemos dedicado este capítulo a definir la conciencia y su protección jurídica, tratando de determinar su alcance y sus límites frente a otros derechos.

En tal sentido hemos hecho referencia al contenido y alcance de la libertad de conciencia o del derecho de conciencia tal como era formulado por algunos de nuestros constitucionalistas clásicos como González Calderón y Linares Quintana y hemos visto cuál es su chance en las nuevas concepciones afirmadas por nuestra Corte Suprema, a partir de un mayor énfasis en las libertades individuales y en el principio de autonomía que surge de la cláusula de reserva del art. 19, CN.

---

tesis: a) que no se ve claro cuál puede ser el valor de obtener conformidad con la moral no a través del convencimiento sino de la compulsión, lo que parece más propio de tabúes que de una moral racional; b) que generalmente esta tesis va unida a la idea de que la punición de la inmoralidad sirve como una denuncia pública de ella, pero para las denuncias bastan generalmente las palabras, siendo innecesario el sufrimiento implícito en la pena; c) que esta tesis asume que hay un consenso moral en la población, lo cual no es claro que se dé en las sociedades pluralistas modernas; d) que la moral vigente en una sociedad puede ser tremendamente aberrante, por lo cual no se ve cómo siempre puede ser valioso en sí mismo preservarla.

Contra la tesis más moderada de lord Devlin, Hart sostiene, fundamentalmente: a) que si bien puede definirse "sociedad" de tal modo que ella deba tener una moral, no hay por qué identificar a la sociedad con cierta moral. La moralidad de la sociedad puede cambiar sin que ésta se destruya; b) que lord Devlin no presenta prueba empírica alguna de que las modificaciones en los hábitos morales de la gente haya conducido a la desintegración de alguna sociedad; c) que este tipo de posiciones encubren una confusión entre democracia y "populismo moral", o sea, la doctrina de que la mayoría debe determinar no quiénes deben gobernar sino cómo los demás deben vivir.

301 HART, H. L. A., *Law, liberty and morality*. Véase *El concepto del derecho*.

La nueva formulación, que hace más plena la protección de los derechos individuales y el área de intimidad del individuo, supera la vieja división entre libertad de creencias y libertad de cultos, como ámbitos internos y externos de la libertad de realización. Según tal concepción recordamos, la libertad de creencias era absoluta en tanto pertenecía al fuero interno de la conciencia, en tanto que la libertad de cultos era relativa y estaba alcanzada por la regulación de la ley en tanto pertenecía al fuero de las conductas o fuero externo.

Con razón ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decidir en el caso "Portillo, Alfredo s/infracción art. 44, ley 17.531": "...el ámbito de posible violencia estatal al fuero interno se amplió en forma considerable, abarcando el sistema de valores no necesariamente religiosos en los que el sujeto hará un propio proyecto de vida. Una interpretación diferente nos llevaría al contrasentido de proteger el derecho o la libertad de cultos, como una forma de exteriorización del derecho a la libertad de conciencia, y no atender a este último como objeto de protección en sí mismo" [302].

De tal modo resulta con claridad que el derecho de conciencia o la libertad de conciencia no puede limitarse a una creencia religiosa determinada y a la práctica de determinada religión o culto, sino que su amplitud se extiende a los principios de orden moral que manden a los individuos a obrar de acuerdo con los principios de su conciencia o de acuerdo con los valores de su propia moralidad.

Resulta entonces que una creencia religiosa estaría englobada dentro del marco mayor de protección jurídica a la libertad de conciencia, la libertad de conciencia moral sería el género, en tanto que la libertad de creer en una religión determinada sería una especie a incluir dentro del género "libertad de conciencia".

A los efectos de aclarar mejor este concepto, en el parágrafo siguiente trataremos acerca de la libertad de religión para determinar sus límites precisos y su inclusión dentro de la libertad de conciencia.

Hemos hecho estas precisiones ya que el objeto principal de nuestra tesis es tratar acerca de la objeción, circunstancia que se perfecciona cuando se produce una colisión entre los principios de la moral privada y otras normas del ordenamiento jurídico: desde este punto de vista, la objeción de conciencia no es más que una aplicación plena de la libertad de conciencia, en tanto que la validez de los principios morales en juego justificarían que cedan otras normas del ordenamiento jurídico en su obligatoriedad.

Hecha esta digresión necesaria, continuaremos afirmando que, desde nuestro punto de vista, las razones religiosas y morales, por tratarse de con-

302 Corte Sup., Fallos 312:496.

vicciones propias del individuo en su fuero íntimo, pueden ser reducidas a "razones de moral privada". En tal sentido, los ordenamientos que reconocen el derecho de objeción de conciencia admitirían la preeminencia de la moral privada sobre el orden jurídico general, siempre que tal derecho se ejerza dentro de ciertos límites legales.

Dentro de esta caracterización del "contenido" del derecho de conciencia a fin de determinar cuál es, en definitiva, la "materia" o "sustancia" de la objeción de conciencia, debe tenerse en cuenta que la plena y efectiva protección de la conciencia dentro del sistema jurídico no habrá de atender a cualquier acto o facultad de tipo moral, como a aquellos "imperativos" cuyo comportamiento resulta ineludible para el individuo, de modo tal que está dispuesto a aceptar cualquier sanción o castigo del ordenamiento, pero no a apartarse de tales principios.

Por ello es que, en este sentido, a nosotros nos interesan los "imperativos morales" que emanan de la conciencia y no los meros derechos y facultades de orden moral. El motivo de esto está en que la objeción de conciencia aparecerá como legítima cuando aparece una colisión entre "imperativos morales" y "deberes legales". En tal sentido, Joseph Raz ha señalado que "no basta una objeción basada simplemente en proteger un interés propio, o en la procuración de un estilo de vida o en el desmedro real o posible que pueda derivarse del cumplimiento de una obligación legal para el agente o la generalidad..." [303].

Por tal razón, corresponde excluir del contenido o sustrato de la objeción de conciencia a los derechos o facultades de valor moral. Malamud Gotti señala que si el supuesto objetor invoca que ha sido llamado a integrar un jurado o a auxiliar a quienes sufrieron un incendio, considerando que es injusta la adjudicación de la obligación por habérsele escogido en razón de su religión o su raza, no será un "objetor de conciencia". La razón invocada fincaría en un derecho a no ser injustamente discriminado y no en una obligación emergente de imperativos morales [304].

En la objeción de conciencia se da un choque dentro del individuo de un deber moral frente a un deber jurídico: el uno fundado en la moral privada y el otro fundado en una obligación general de carácter público. *La objeción de conciencia tiene lugar cuando la fuerza del imperativo moral se impone por sobre la obligación jurídica de alcance general.*

Esta idea, que acabamos de explicitar y que hemos subrayado por considerarla fundamental para nuestra exposición, es expresada por el profesor

[303] RAZ, Joseph. *La autoridad del derecho*, Unam.

[304] MALAMUD GOTTI, Jaime, *Algunas consideraciones acerca de la objeción de conciencia en el lenguaje del derecho* (artículos de homenaje a Suyaro Carrió).

español Felipe González Vicen en los siguientes términos: "Partimos de un enfrentamiento entre distintos tipos de normas (jurídicas y morales); no se trata de una colisión al uso entre normas de 'distinta fuerza de obligar' o de distintas jerarquías, sino de una colisión entre dos esferas radicalmente distintas de normas: las que contienen una alternativa de comportamiento y que son susceptibles de consideraciones de utilidad o de prudencia y las que contienen una obligación absoluta a las cuales sólo se responde con su cumplimiento. Tal era la distinción que hacían los viejos tratadistas, el derecho es la sumisión del individuo a la voluntad de la sociedad organizada, mientras que la moral es la sumisión a los dictados de la propia conciencia. El concepto de validez jurídica y de la obligación de observar las normas jurídicas son conceptos puramente formales, necesarios para entender el sentido del derecho, pero independientes de la noción moral de una verdadera obligación a los preceptos de éste. No hay, por eso, contradicción lógica en considerar una norma como derecho válido y sentirse uno mismo moralmente obligado, a la vez, a infringirlo..." [305].

Sobre la basse de lo expuesto y de la señalada contraposición entre imperativos morales y deberes jurídicos, podemos decir que el derecho de conciencia en su sentido más amplio y absoluto nacería de una preponderancia del deber moral frente al jurídico, de tal manera que la obligación moral es valorada de tal forma que puede ceder frente a ella una obligación de carácter legal.

De tal modo, debe considerarse que el deredcho de conciencia llevado a su expresión más plena y absoluta tiende a la protección de imperativos morales. Éstos pasan a constituir, entonces, el sustracto o contenido material de la objeción de conciencia.

Cabe destacar que existen sistemas jurídicos que consagran la objeción de conciencia por razones políticas. Desde nuestro punto de vista no cabría invocar tales razones para objetar el cumplimiento de una norma jurídica; creemos que en tal caso el problema se acercaría más a un problema de desobediencia civil.

El problema de la consideración jurídica de un "derecho a la objeción de conciencia" consagrado y protegido por el ordenamiento frente a determinadas causas requiere antes definir otros conceptos.

Ocurre que en tales casos, cuando el ordenamiento jurídico recoge a la objeción de conciencia como a un "derecho subjetivo", en determinadas circunstancias y bajo determinadas condiciones, la objeción deja de ser una forma clásica de desobediencia jurídica para constituir una excepción legal o bien una opción dentro del propio ordenamiento.

[305] GONZÁLEZ VICEN, Felipe, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, España.

Pero continuando con nuestro tema, y sin querer incursionar en otros más que para aclarar conceptos, citemos como ejemplo al régimen jurídico español, que es un ordenamiento que admite la objeción de conciencia "por motivos que se refieran a una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otras de la misma naturaleza" [306]. Los distintos fundamentos de la objeción de conciencia en España tienen, por cierto, sus particularidades, pero ello no obsta a que podamos hacer una caracterización general de los mismos a fin de su estudio. Observemos, en el ejemplo citado de la legislación española, que más allá de la vaguedad de algunos términos como motivos "filosóficos" o "humanitarios", la causa de la objeción puede finalmente ser reducida a razones de tipo moral o religioso.

En la mayoría de los ordenamientos, la objeción de conciencia es admitida por razones religiosas, morales o filosóficas [307].

3.4. La interpretación del art. 19

La división tajante, esquemática, entre el llamado fuero interno y el fuero exterior se plasmó no sólo en la interpretación de la libertad de religión, sino en el análisis de una norma fundamental de todo nuestro ordenamiento como es el art. 19, CN.

Esta disposición de la Constitución Nacional de 1853 tiene un antecedente en el art. 194 del Proyecto de Constitución de 1813 redactado por la Sociedad Patriótica y Literaria y fue tomada de la Constitución de Venezuela de 1811, a su vez inspirada en el art. 52 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789 [308].

Sobre la base de este artículo se interpretaba que "...la libertad religiosa es un derecho civil de los reconocidos y protegidos por la Constitución en favor de los ciudadanos y extranjeros; luego, como los demás derechos civiles, queda bajo la salvaguardia del poder político y de los jueces de la Nación para hacerla efectiva. Ella es absoluta mientras no ofenda al orden y a la moral (art. 19) y mientras al manifestarse en actos exteriores, no caiga bajo el poder de policía el gobierno... Ninguna autoridad sobre los hombres puede existir en la Nación argentina, superior o extraña a su gobierno: ésta es la esencia de su soberanía, y en uso de ella interviene en el ejercicio externo de las religiones, en cuanto éstas no tienen solamente imperio sobre la conciencia, sino que se manifiestan en actos que pueden ofender o menos-

306 La objeción de conciencia está contemplada en el art. 30, ap. 2 de la Constitución de 1978 y reglamentada en la ley orgánica 48/1984 del 28 de diciembre del mismo año.

307 DALLA VIA, Alberto R., *La conciencia y el derecho*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1995.

308 SAMPAY, Arturo E., *La filosofía jurídica...*, cit.

cabar los derechos iguales de los demás y la moral y el orden público, límite general de todos los derechos" [309].

Aun mucho antes ya se había señalado que "...cuando el culto tiene un carácter meramente interno, es decir, cuando consiste en simples oraciones del alma, como los actos de adoración interior, por ejemplo, no pueden caer bajo el dominio de la legislación común, pertenece al dominio del orden moral solamente: el conocimiento, apreciación y sanción de los actos que a él se refieren está fuera del alcance de la autoridad pública, porque su influencia en el orden social no es tangible ni estimable. Pero cuando las ceremonias del culto externo salen del dominio privado para convertirse en actos públicos... cuando el culto exterior asume estas formas, se convierte en una serie de actos que pueden llegar a alterar el orden social, sobre todo si se les da una significación contraria a las leyes del país y al espíritu de las instituciones políticas que aquéllas garantizan y defienden" [310].

González Calderón agregaba: "Las leyes nacionales y provinciales —estas últimas en virtud de los poderes de policía interna que se han reservado las provincias (art. 104, CN)— pueden no sólo reglamentar el ejercicio de ese derecho, sino también prohibir aquellos cultos que ofenden la moral, las buenas costumbres o el orden público" [311].

El carácter restrictivo de esta posición clásica estaba dado en el hecho de que a partir de ella se entendió que toda manifestación externa de conciencia que se opusiera a otra norma del ordenamiento estaba prohibida, atento el carácter relativo que tienen los derechos constitucionales (art. 14). Así, se entendía que en el choque de la objeción de conciencia al servicio militar debía prevalecer la urgencia de la obligatoriedad de la ley militar por chocar con una manifestación externa de la conciencia que es susceptible de reglamentación.

Como bien hará notar Bidart Campos años más tarde, se caía en el equívoco de que sólo el derecho de conciencia era pasible de reglamentación legal pero no el otro término de la objeción, como en el caso lo era la obligación militar [312].

La reafirmación que le ha dado la Corte Suprema al art. 19, en especial en el caso "Bazterrica" [313], destaca la importancia de la norma como eje de la libertad individual que la Constitución consagra y reafirma los principios de autonomía y de dignidad de la persona humana. Desde tal perspectiva, el

309 GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual...*, cit.

310 CHACALTANA, C., *Patronato nacional argentino*, Buenos Aires, 1885, p. 85, cit. por VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. V, TEA, 1945, p. 448.

311 GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 186.

312 BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual...*, cit.

313 Ver el fallo "Bazterrica, Alejandro", cit.

perjuicio real a los terceros puede ser el límite de la norma pero no el hecho simple de la expresión de la conciencia individual por algún culto minoritario.

4. El deber de defensa

En relación con la defensa nacional, el Preámbulo de la Constitución establece objetivos por lograr, ellos son "consolidar la paz interior" y "proveer a la defensa común".

En función de tales fines, el texto constitucional establece en el art. 21 la obligatoriedad de todos los ciudadanos para armarse en defensa de la Patria y de la Constitución. Por su parte, el art. 23 legisla para los casos de conmoción interna o de ataque exterior, estableciendo las atribuciones a que deben someterse las autoridades, de acuerdo con lo establecido en el art. 53, que complementa al anterior.

En el art. 75 los incs. 16 (seguridad de fronteras) y 25 al 28, indican con precisión las atribuciones del Congreso en materia de defensa nacional, más específicamente, en materia militar. El art. 99 fija las atribuciones del Poder Ejecutivo en materia de defensa nacional y en los incs. 12, 13, 14 y 15 del mismo artículo se marca taxativamente las responsabilidades del presidente de la Nación.

Finalmente, los arts. 126 y 127 fijan las limitaciones y atribuciones de los gobiernos de provincias, en materia de defensa nacional, haciendo expresa mención de los poderes delegados ante el gobierno nacional y los que retienen de acuerdo con la norma constitucional.

Segundo V. Linares Quintana [314] clasifica los poderes militares que determinan la existencia, organización y funcionamiento de las fuerzas armadas en: 1) poderes permanentes de mando (conferidos al presidente como titular del Poder Ejecutivo: art. 99, incs. 12 y 13 (ex 86, incs. 15 y 17); 2) poderes permanentes de organización (conferidos conjuntamente al Congreso en el aspecto legislativo, y al presidente en el aspecto ejecutivo: arts. 21, 99, incs. 14, 15, y 75, inc. 27 (ex 86, incs. 16 y 17, y 67, incs. 23 —con la limitación del art. 52 [ex 44]— y 24); y 3) poderes excepcionales (otorgados al Congreso, pero ejercidos por el presidente con sujeción a las normas constitucionales y legales y a los principios del derecho internacional: arts. 75, incs. 25, 26 y 28, y 99, incs. 13 *in fine* y 15).

Cabe señalar que la Constitución no define con precisión la diferencia de términos entre seguridad y defensa nacional, más aún en ocasión emplea los términos como sinónimos. Ello se observa en el art. 75, incs. 2° y 16 en donde esa terminología es ambigua. Así, mientras el inc. 2° establece que el

[314] LINARES QUINTANA, S. V., *Tratado...*, cit., vol. IX, ps. 373/400. La numeración se ha actualizado de acuerdo con la reforma de 1994.

Congreso puede imponer contribuciones para "la defensa, seguridad común y bien general del Estado", empleando los términos como conceptos distintos, el inc. 16 dispone que es atribución del Congreso "proveer a la seguridad de las fronteras". En este último caso resulta evidente que no distingue entre defensa y seguridad.

El papel central en esta materia es ejercido por el art. 21 que manda a "los ciudadanos" a armarse en defensa de la Patria y de la Constitución. Se distinguen así dos aspectos bien diferenciados: la defensa de la Patria de todo ataque externo y la defensa de la Constitución. Respecto de este último debe señalarse que algunos autores pretenden ver en ello el fundamento de las fuerzas armadas para la seguridad interna [315]. Esta cuestión, que dio lugar a muchos debates en nuestro medio, y que en parte se debe a la ambigüedad con que fueron utilizados los términos en la Constitución, ha quedado, sin embargo, zanjada con la sanción de la ley de defensa que pone esta última bajo control de las fuerzas armadas y del Ministerio de Defensa, en tanto que la seguridad interior es competencia de las fuerzas de seguridad y del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos [316].

En cambio nosotros entendemos que esta división resalta el riguroso celo que se pone en el cumplimiento de los deberes militares en aras del principio o la obligación de defender a la Patria, en tanto hemos asistido muchas veces a la violación de la Constitución y a la quiebra del orden establecido por ella sin que nadie se acordara del art. 21. En tal sentido, merece señalarse que tanto la nueva exigencia del juramento de fidelidad a la Constitución por parte de soldados como la ley de defensa de la democracia, constituyen animaciones del doble aspecto del art. 21. Pero es preciso señalar que tal afirmación no provendrá solamente del establecimiento de fórmulas ni de normas formales sino de un proceso de democratización de la sociedad y demás actores sociales. El militarismo es, sin duda, una característica de la sociedad argentina. No pretendemos en modo alguno establecer un prejuicio en nuestro análisis, ya que está en la obligación mínima de nuestro trabajo el imponernos la mayor objetividad, y más allá de esto, tal actitud está arraigada en nuestro ánimo; sin embargo, es necesario reconocer aquellos datos que son objetivos por sí mismos y que forman parte de todos los análisis seriamente realizados sobre la realidad argentina [317].

[315] Ver SINÓPOLI, Santiago M., "La Corte Suprema y el ejercicio de los poderes militares", ED del 7/6/1989.

[316] Ver Fundación Arturo Illia, "Consideraciones sobre el proyecto de Ley de Defensa".

[317] Al respecto puede verse: IMAZ, José L., *Los que maridan*, El Coloquio, Buenos Aires, 1977; POTASH, Robert, *El ejército y la política en la Argentina*, Sudamericana, Buenos Aires; ROUQUIÉ, Alain, *Poder militar y sociedad civil en la Argentina*; entre otros.

Sin duda, esta nota del militarismo guarda relación con la interpretación que tradicionalmente se hiciera del art. 21, CN.

En otros órdenes de cosas, se ha señalado que, a partir del art. 21, el texto constitucional establece un sistema militar que armoniza dos principios: el democrático (comprensivo de la igualdad, civismo y libertad, ya que el armarse en defensa de la patria es una carga pública que pesa sobre todo ciudadano) y el de la eficiencia (idea de la organización técnica) [318].

Finalmente señalamos que el art. 21, al establecer el deber de armarse "en defensa de la Patria", hace referencia a un vocablo cuyo concepto supera la idea o concepción de Nación, atento a que configura una idea totalizadora y anterior enraizada en la tradición, en la concepción humanista respecto de los antecesores y al legado territorial-espiritual que ellos nos han dejado en custodia, como se señalara [319].

4.1. Defensa y seguridad

Ya hemos destacado en el párrafo anterior que los términos defensa y seguridad han aparecido confundidos no pocas veces. Hemos destacado también la ambigüedad con la cual se los emplea en la Constitución; sin embargo, en nuestros días aparece la necesidad de precisarlos por las diferentes implicancias que han tenido; tanto más cuando el art. 21 manda a los ciudadanos "armarse en defensa" de la Patria y la Constitución.

En nuestro país, como en el resto del mundo, casi siempre se han distinguido ambos conceptos. La defensa se ejerce contra las agresiones físicas externas. La seguridad implica mantener el orden público interno contra quienes ponen en peligro la estabilidad del sistema político.

De este modo, la defensa es el campo donde actúan las fuerzas armadas en la formulación de la estrategia militar. La seguridad, por su parte, constituye un problema propio de los dirigentes políticos y ajenos a los militares en cuanto profesionales.

Después de la Segunda Guerra Mundial, comenzó a hablarse en los Estados Unidos de la "Doctrina de la seguridad nacional". Este concepto incluía la protección contra agresiones físicas externas, así como también la protección de vitales intereses políticos y económicos en el exterior.

[318] SINÓPOLI, Santiago M., "La Corte...", cit., señala que la Constitución, lejos de establecer, un ejército aristocrático, prevé un órgano castrense del pueblo, pero eficiente. Por tal motivo faculta al Congreso de la Nación para que legisle todo lo atinente a la organización de las fuerzas armadas.

[319] Ver ÁLVAREZ, Osvaldo O., "El servicio militar, la libertad de conciencia y un fallo controvertido", ED del 8/6/1989.

Helmut Schmidt, ex canciller de la República Federal de Alemania, se refirió a este concepto amplio de la seguridad nacional, definiéndolo como "la necesidad de asegurar el libre acceso a las fuentes de energía y materias primas y la necesidad de un sistema monetario que permite alcanzar estos objetivos" [320].

Éste es el origen de la doctrina de la seguridad nacional. El término seguridad ha adquirido una dimensión económica y actualmente engloba el concepto tradicional de defensa. Sin embargo, en los Estados Unidos, el concepto de que la defensa es función de las fuerzas armadas y que la seguridad es el campo de los partidos políticos se mantiene inalterable [321].

Durante los gobiernos militares que se inician con el período del general Onganía se trató de adaptar a nuestro medio una versión de la doctrina de la seguridad nacional. Esta versión revestía caracteres *sui generis* en tanto que, a diferencia de la aplicación en Estados Unidos, donde se mantiene la prescindencia del poder político, en nuestro medio los jefes militares pasaron a ser los autores de la estrategia política [322].

La ley 16.970, dictada en 1966 [323], trataba tanto de la defensa como de la seguridad. Definía a la defensa como un instrumento de la seguridad al de-

[320] Pueden verse las conclusiones del seminario "La defensa en el marco de la reforma militar de Buenos Aires", 26 y 27/8/1935, Comisión Defensa y Seguridad, integrada por: Dr. Rubén Blanco, diputado Victorio Bisciotti, señor Eduardo Estévez, coronel (R) José Luis García, coronel (R) Carlos Mariano Gascón, señor Ernesto López, Fundación Arturo Illia, Buenos Aires.

[321] Respecto de la doctrina de la seguridad nacional se ha pronunciado la III Conferencia General del Episcopado Latinoamericano, reunida en Puebla (*La evangelización en el presente y en el futuro de América latina*, BAC, Madrid, 1979), donde se ha dicho:

547. En los últimos años se afianza en nuestro continente la llamada "Doctrina de la seguridad nacional" que es, de hecho, más una ideología que una doctrina. Está vinculada con un modelo económico-político, de característica elitista y verticalista, que suprime la participación amplia del pueblo en las decisiones políticas. Pretende, incluso, justificarse en ciertos países de América latina como doctrina defensora de la civilización occidental cristiana. Desarrolla un sistema represivo, en concordancia con un concepto de "guerra permanente". En algunos casos expresa una clara intencionalidad de protagonismo geopolítico.

548. Una convivencia fraterna, lo entendemos bien, necesita de un sistema de seguridad, para imponer el respeto de un orden social justo que permita a todos cumplir su misión en relación de bien común. Éste, por lo tanto, exige que las medidas de seguridad estén bajo control de un poder independiente, capaz de juzgar sobre las violaciones de la ley y de garantizar medidas que las corrijan.

549. La doctrina de la seguridad nacional, entendida como ideología absoluta, no armoniza con una visión cristiana del hombre en cuanto responsable de la realización de un proyecto temporal ni del Estado en cuanto administrador del bien común. Impone, en efecto, la tutela del pueblo por imperio del poder militar y político y conduce a una acentuada desigualdad de participación en los resultados del desarrollo.

[322] JORDAN, A. A. - TAYLOR, W. J., *Seguridad nacional en Estados Unidos. Basado en American National Segurity, Policy and Process*, The Hopkins University Press, Baltimore, 1964. Puede también verse, WEINBERGER, Caspar W., *US Military Strategy for the 1980 5*, julio 1981.

[323] ADLA XXVI-C, p. 1474.

cir en el art. 3° que "la defensa nacional comprende el conjunto de medidas que el Estado adopta para lograr la seguridad nacional"; se establece entre ambos conceptos una relación de medios a fines, en tanto la seguridad es definida como una "situación", un estado de cosas en el cual "los intereses vitales de la Nación se hallan a cubierto de interferencias y perturbaciones sustanciales" (art. 2°). Nada se dice en el texto sobre la índole de las agresiones que atentarían sobre los mencionados "intereses vitales". No se menciona el ataque exterior de manera explícita, no se habla de la guerra ni siquiera cuando se mencionan en el art. 9° las atribuciones del presidente de la Nación: "le compete la máxima responsabilidad en la dirección de la defensa nacional y, como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, la conducción superior de éstas". En el plano interno, por su parte, sólo se contempla el caso de conmoción interior, en el art. 43, que dice "en caso de conmoción interior, sea originada por personas o por agentes de la naturaleza, podrá recurrirse al empleo de las FF.AA. para restablecer el orden o prestar los auxilios necesarios. Para ello, en aquellas zonas o lugares especialmente afectados podrán declararse zonas de emergencias a órdenes de autoridad militar, para la imprescindible coordinación de todos los esfuerzos".

La imprecisión de esta ley en materia de caracterización de los conflictos y agresiones a las cuales hacía referencia, la hicieron insuficiente en la etapa en que las Fuerzas Armadas pasaron a hacerse cargo de la seguridad interior, llegando incluso a la represión interna. La ley 16.970/1966 se vio entonces desbordada, tanto por la aparición de formas externas, incluso extremistas, de la lucha política, cuanto por sus propias ambigüedades.

La ley 21.264 de seguridad nacional del 24/5/1976 [324], firmada por la junta en ejercicio —Videla, Massera, Agosti—, vino a compensar la situación dando cobertura legal a la intervención generalizada de las fuerzas militares en la represión interna, autorizó la pena de muerte e instituyó los Consejos de Guerra Especiales Estables.

Basta señalar algunos de los artículos de esa norma para advertir la naturaleza de ese instrumento jurídico, art. 1°: "El que públicamente, por cualquier medio, incitare a la violencia colectiva y/o alterare el orden público será reprimido por la sola incitación con reclusión hasta 10 años"; art. 2° "el que atentare en cualquier forma contra los medios de transporte, de comunicaciones, usinas, instalaciones de gas, agua corriente u otros servicios públicos será reprimido con reclusión por tiempo determinado o muerte", art. 7°: "créase en todo el territorio del país los Consejos de Guerra Especiales Estables..."; art. 11: "la pena de muerte se aplicará de conformidad con las decisiones del Código de Justicia Militar y de su reglamentación".

[324] Ver ADLA XXXVI-B, p. 1034.

Esta ley de "seguridad nacional" vino a darle al concepto de seguridad un sentido interior, de aplicación interna, que terminó con la ambigüedad de la ley 16.970/1966 y especificó en disposición marcada con el numeral 2.3 del Acta que fijaba los objetivos básicos del Proceso de Reorganización Nacional, firmada por la Junta de Comandantes el 24/3/1976. El mencionado numeral establecía lo siguiente: "Vigencia de la seguridad nacional, erradicando la subversión y las causas que favorecen su existencia".

Cabe señalar que la Comisión de análisis y evaluación de las responsabilidades políticas, estratégicas y militares en el conflicto del Atlántico Sur, más conocida como la Comisión Rattenbach, concluyó en su informe que quedó "demostrada la falta de preparación y organización del país para el caso de guerra debido a la carencia de una legislación necesaria en materia de defensa nacional, a la deficiencia de estructuras orgánicas de las cuales..." [325].

La confusión de conceptos entre defensa y seguridad interior ha llevado a una generalización militarizada en algunas épocas, como hemos destacado, circunstancia que ha sido alentada por la vigencia de la llamada doctrina de la seguridad nacional.

El basamento teórico de la aplicación de tal doctrina podemos encontrarlo en la palabra de Harold D. Laswell: "con la socialización del peligro como una característica permanente de la vida moderna, la Nación se convierte en una unificada empresa técnica, un hecho que conduce en forma natural a la supremacía del soldado sobre el hombre de negocios y sobre el político civil" [326].

En otra parte se ha dicho que la decadencia de nuestro país está íntimamente vinculada con la creciente militarización de la sociedad. La sanción, en tiempo de paz, de leyes para el tiempo de guerra, constituye una manifestación de este proceso de militarización. Esta legislación no se originó ni en una amenaza verdadera de guerra ni en un reclamo de la ciudadanía, sino en el exceso de preocupación de nuestros militares por la guerra. Esta preocupación obsesiva lleva a imaginar guerras y a instrumentar leyes que las hagan verosímiles. Finalmente, lo que ocurre, como señalaba Martínez Estrada en su *Radiografía de la pampa*, es que las fuerzas armadas vuelcan sus energías interiormente. Este tipo de legislación termina siendo aplicada a la población civil, que se convierte en el enemigo a falta de enemigos verdaderos [327].

[325] En parte V, "Experiencias y enseñanzas", cap. XIV, "Las lecciones del conflicto - Aspectos nacionales".

[326] LASWELL, Harold D., "The garrison State hypothesis today", en *Changing patterns of military politics*, Free Press of Crea Co. Inc., 1962.

[327] Fundación Arturo Illia para la Democracia y la Paz, *Consideraciones...*, cit.

4.2. La organización militar

La organización militar, en nuestro país, es competencia del Congreso federal (art. 75, incs. 27 y 28), en tanto que las facultades de conducción y mando de las fuerzas armadas pertenecen al Poder Ejecutivo (art. 99, incs. 12, 13, 14 y 15). El inc. 27 del art. 75 señala que "*Corresponde al Congreso... Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra...*", en tanto que el inc. 28 señala que "*Corresponde al Congreso... Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él*".

Sobre el significado exacto de estas normas y sus alcances existe controversia en nuestro medio y, cabe señalarlo, no ha sido una materia profundamente estudiada por nuestros constitucionalistas. Nosotros pensamos que un correcto análisis de la cuestión, requiere ubicarse en el tiempo histórico de las normas señaladas.

En 1853, aún se enfriaban los cañones de Caseros y los tiempos de división continuaban entre argentinos. Durante el tiempo de las luchas civiles existían las milicias provinciales; éstas eran las fuerzas existentes al tiempo de la sanción de la Constitución. De allí entonces que la norma fundamental previera la organización del "ejército nacional" o ejército de línea, encargando su constitución al Congreso federal (inc. 23), mientras que previó la posibilidad de reunir las fuerzas existentes, es decir, las milicias provinciales cuando fuere necesario "contener la insurrección o repeler invasiones" (inc. 24). Es decir, sintetizando aún más, que el ejército de línea o ejército nacional no existía y debía organizarse. Existían las milicias provinciales, las cuales podrían ser reunidas cuando la situación lo exigiera.

Dado que hoy no existen los ejércitos o milicias provinciales, es necesario señalar que la materia militar no sólo está delegada en el Congreso y el Poder Ejecutivo sino que la Constitución en el art. 126 expresamente prohíbe a las provincias "*armar buques de guerra o levantar ejércitos...*"; claro está que en razón de los tiempos una interpretación lógica permite entender que tampoco las provincias pueden organizar fuerza aérea, el mismo art. 126 admite una excepción al señalar "*salvo en el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal...*".

Pese a que algunas interpretaciones forzadas ya pretenden ver en las normas constitucionales una delegación total de funciones militares al gobierno federal que incluía el establecimiento de un servicio militar obligatorio [328], nosotros creemos que un análisis histórico de las normas en cuestión relaciona el art. 24 con el Pacto Federal de 1831, cuando regía en nuestro país la forma de Estado de "Confederación".

[328] Puede verse CALVO, Nicolás, *Decisiones constitucionales*, Buenos Aires, 1888, p. 186, quien señala que de la delegación en la Nación de la facultad de declarar la guerra surgiría la necesidad de organizar el ejército permanente.

Lo cierto es que fue a partir de estas normas que se fue organizando en nuestro país el "ejército de línea" o "ejército nacional", en un principio sobre la base de voluntarios. De a poco fueron desapareciendo las milicias provinciales, luego de la incorporación definitiva de Buenos Aires y una vez resuelta la cuestión de la Capital Federal. Tal es así que en la Campaña al Desierto del general Roca actuaron las fuerzas de línea, a diferencia de la primera campaña, en época de Rosas, en donde actuaron cuerpos provinciales, como los Colorados del Monte.

Con los tiempos de la República Consolidada del roquismo vendrá el establecimiento del servicio militar obligatorio a partir de la Ley Riccheri. Hasta entonces se trataba de una fuerza de voluntarios, siguiendo la vieja tradición de la guerra de la independencia y de las luchas civiles.

Las milicias de la guerra de la Independencia, del Paraguay, de la organización nacional y la conquista del desierto cumplieron gloriosamente con sus deberes. Con sus cuadros aguerridos y animosos conocieron el estoicismo de cabos que "no tenemos yerba, ni tabaco, ni ropa, ni recursos ni esperanzas de recibirlos... sabían que estaban en la última miseria... pero que había deberes de cumplir... y los cumplieron, en grado excelso, conscientes de que sus óptimos servicios se pagaban tarde, mal o nunca..." [329].

Consideramos que estas consideraciones sirven como aclaración en tanto existen posiciones que sostienen que nuestra Constitución establecía el servicio militar obligatorio, siguiendo una supuesta tradición francesa; en tanto que la Constitución norteamericana sigue la tradición inglesa de mantener un servicio voluntario.

Creemos que tal posición resulta de un voluntarismo que pretende forzar el texto constitucional más allá de lo que éste señala y es, por lo tanto, errónea. Ya hemos dicho que el art. 21 obliga a "armarse en defensa de la Patria y la Constitución" sin decir de qué manera se cumple con tal obligación y sin establecer expresamente el servicio militar obligatorio, como lo hace, por ejemplo, la Constitución española en su art. 30.

Alberdi, en su proyecto de Constitución, concibió una fuerza armada ciudadana y muy lejos estuvo de prever una profesionalización del ejército, claro está que podía ser otra la actitud del autor del *Crimen de la guerra* [330], quien conocía el derecho internacional y muy bien las tradiciones de nuestro país por haberlas sufrido y observado.

[329] Ver la obra del general de brigada BOLÓN VARELA, Emilio, "Fundamentos de ética militar", en *Apuntes sobre el espíritu militar argentino*, Círculo Militar - Biblioteca del Oficial, Buenos Aires, 1980.

[330] ALBERDI, Juan B., *Obras completas*, cit.

El proyecto de Constitución de la Confederación Argentina de Juan Bautista Alberdi comienza en el cap. IV denominado "Garantías públicas de orden y progreso", con el art. 24, que reza: "Todo argentino es soldado de la guardia nacional. Son exceptuados por treinta años los argentinos por naturalización". Con esta redacción, el padre de nuestra Constitución se adelantaba al concepto de soldado-ciudadano, hoy pregonado en muchos Estados modernos [331].

La identificación entre soldado y ciudadano que hace Alberdi se refleja también en el art. 25 de su proyecto, donde establece: "La fuerza armada no puede deliberar, su rol es completamente pasivo". Este artículo a su vez se complementa con el 27 que señalaba: "Toda autoridad usurpada es ineficaz, sus actos son nulos. Toda decisión acordada por requisición directa o indirecta de un ejército o de una reunión de pueblo, es nula de derecho y carece de eficacia".

Estos antecedentes del proyecto de Alberdi tal vez permitan aclarar el sentido del artículo de la Constitución Nacional cuando manda a los ciudadanos a armarse en defensa de la Patria y de la Constitución. Con este artículo, los constituyentes se propusieron evitar que una fuerza profesional, ajena al ejercicio de los derechos ciudadanos, usurpara el comando militar y sometiera al resto de la ciudadanía. Los ciudadanos que integran las fuerzas armadas deben mantener sus derechos como ciudadanos. Precisamente, desde estos derechos surgen sus obligaciones ineludibles de defender la Patria y la Constitución. Las limitaciones al ejercicio de sus derechos, que sean necesarios por la índole de la función, deben ser estrictamente delineadas por la ley.

Cabe admitir que nuestra Constitución, al igual que el proyecto de Alberdi, sigue al artículo que establece la obligación de defensa con el que sanciona las peticiones y sediciones por grupos armados que se arroguen de manera ilegítima la representación popular (arts. 21 y 22, CN y arts. 24 y 25 del proyecto de Constitución de Alberdi) [332].

No obstante las ideas inspiradoras de nuestra organización militar, hasta la ley Riccheri, la organización del ejército de línea continúa haciéndose sobre la base de voluntarios. Lamentablemente, nuestra historia nos enseña que ese reclutamiento no era a veces tan "voluntario", como lo demuestra la recordada "ley de vagos" y como lo relatara a la posteridad José Hernández, narrando las desventuras del gaucho Martín Fierro [333].

[331] El concepto de soldado-ciudadano es enfatizado en las leyes de la República Federal Alemana y constituye una tradición bien difundida en la Confederación Helvética.

[332] ALBERDI, Juan B., *Bases*, cit.

[333] José Hernández, en la primera parte de la obra *El gaucho Martín Fierro*, narra la vida de los fortines en 1879.

El ejército de voluntarios cargado de glorias pretéritas, después de realizar grandes esfuerzos, con magra retribución, se consumía en los fortines. Antes, había dejado en la tierra yerma, el desierto, el estero, el monte y la montaña, su aliño y bizarría. Los vicios mercenarios, la pobreza general emergente de un precario presupuesto, la ignorancia, la conciencia imprecisa de obligaciones y deberes, habían menguado la disciplina afectando, asimismo, la provisión de víveres, vestuario y armamento [334].

Finalmente, respecto de la organización de la fuerza militar dispuesta por la Constitución en los incs. 23 y 24 del art. 67, nos interesa rechazar una argumentación que sostiene que el ejército de línea debe estar integrado exclusivamente por voluntarios, tal como fue argumentado por el recurrente en el fallo "Portillo, Alfredo". Creemos que no hay nada en el texto de la Constitución que permita forjar una argumentación semejante, aun cuando el servicio militar obligatorio no haya sido expresamente establecido y cuando entendemos, según ya hemos dicho, que el art. 21 debe interpretarse en el sentido que le daba Alberdi a la "Guardia Nacional" integrada por soldados-ciudadanos.

La reforma constitucional de 1994 realizó las siguientes modificaciones en cuanto a los poderes militares del Congreso en el art. 75 (ex 67).

Art. 75.— Corresponde al Congreso...

25.— Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz (reproduce textualmente al anterior inc. 21).

26.— Facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas (el anterior inc. 22 decía "Conceder patentes de corso y de represalias, y establecer reglamentos para las presas").

27.— Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno (el anterior inc. 23, decía "Fijar la fuerza de línea de tierra y de mar, en tiempo de paz y de guerra, y formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos"; en tanto que el anterior inc. 24 señalaba: "Autorizar las reuniones de las milicias de todas las provincias o parte de ellas, cuando lo exija la ejecución de las leyes de la Nación y sea necesario contener las insurrecciones o repeler las invasiones. Disponer la organización, armamento y disciplina de dichas milicias, y la administración y gobierno de la parte de ellas que estuviese empleada en servicio de la Nación, dejando a las provincias el nombramiento de sus correspondientes jefes y oficiales, y el cuidado de establecer en su respectiva milicia la disciplina prescripta por el Congreso").

28.— Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él (reproduce textualmente el anterior inc. 25).

[334] BOLÓN VARELA, Emilio, "Fundamentos...", cit.

En cuanto a los poderes militares del Ejecutivo, la reforma constitucional de 1994 introdujo las siguientes modificaciones en el art. 99 (ex 86):

Art. 99.— El presidente de la Nación, tiene las siguientes atribuciones...

12.— Es comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación" (el texto anterior era el inc. 15 que señalaba que el presidente "es el comandante en jefe de todas las fuerzas de mar y tierra de la Nación").

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 solo en el campo de batalla (reproduce el anterior inc. 16).

14.— Dispone de las fuerzas armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación (reproduce el anterior inc. 17).

15.— Declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso (el texto anterior era el inc. 18 por el que el presidente "declara la guerra y concede patentes de corso y cartas de represalias con autorización y aprobación del Congreso").

Las reformas al texto constitucional consistieron más bien en una actualización de la terminología, pero la reforma de fondo en materia de servicio militar consistió en la derogación del sistema de conscripción y su reemplazo por un sistema de voluntarios. No nos referimos aquí a las diferencias entre uno y otro sistema, toda vez que se trata de una cuestión ya abordada en otros puntos. Diremos sí que el reemplazo del sistema del servicio militar por un sistema voluntario estaba en el debate por distintas razones económicas y la crisis del propio sistema en cuanto a las reales necesidades de la defensa.

En un interesante artículo publicado en el diario *La Prensa*, el Dr. Germán J. Bidart Campos llegó a opinar que el sistema del servicio militar obligatorio había devenido inconstitucional, toda vez que el sistema de sorteo y las pocas plazas a cubrir confirmaba una verdadera desigualdad; entendía además el autor que la institución resultaba irrazonable a la luz del art. 28 de la Constitución.

Distintos foros de opinión promulgaban, por entonces, el reemplazo del sistema hasta que el caso "Carrasco" se convirtió en el detonante final del reemplazo del sistema. En circunstancias, no del todo aclaradas, se produjo la muerte del conscripto Carrasco en una guarnición militar ubicada en Zapala, provincia del Neuquén. La manifestación de una "cadena de encubrimientos" durante la investigación y la aparición de evidencias de un caso de abuso de autoridad y de eventuales malos tratos, desencadenó en que el Poder Ejecutivo aprovechara la presión de la opinión pública para proponer un modificación definitiva del sistema.

5. El delito de sedición

A nuestro juicio, los golpes de Estado no constituyen situaciones de emergencia sino violaciones al texto de la Constitución Nacional.

Dejar despejado este punto es también muy importante en cuanto los golpes de Estado han sido una realidad recurrente en la Argentina del siglo XX, y no han faltado las pretensiones doctrinarias de intentar construir un hilo conductor entre la "normalidad" y la "anormalidad" constitucional.

De ese modo, el profesor Miguel M. Padilla ha planteado la tesis de contemplar al golpe de Estado como una más de las situaciones excepcionales que dan lugar a una emergencia [335]. Entendiendo que esta particular posición —que no comparto— merece que citemos textualmente algunas de sus fundamentaciones:

"...Resulta evidente que el 'golpe de Estado' constituye una situación notoriamente más grave que la casi totalidad de las emergencias antes citadas —con excepción de un conflicto armado— y que está dotada además de aptitud para originar imprevisibles consecuencias en una medida que casi la totalidad de las restantes situaciones —excepciono una vez más a la guerra— no podría alcanzar. A) La emergencia 'golpe de Estado' tiene en común con cualquiera de las otras los siguientes rasgos: 1°) su índole excepcional; 2°) la necesidad de disponer de un instituto de emergencia que permita solucionar los problemas generados por ella; 3°) con la salvedad —básica, por cierto— de su espurio origen, comparte el propósito de no apartarse de las prescripciones constitucionales en la acción de gobierno; de no ser así, si se abrigase la intención de transgredirla, se trataría de un gobierno tiránico; y si se propusiese reemplazarlas, nos encontraríamos ante una revolución. Pero los rasgos diferenciales observables entre la emergencia golpe de Estado y las demás emergencias son importantes porque: 1°) El golpe de Estado nace de una gravísima violación a la Constitución, cual es el desplazamiento de los gobernantes legítimos *de iure*; por ello la Constitución no lo contempla sino para repudiarla.

"Las demás emergencias, por el contrario, se desarrollan dentro del marco constitucional (sin perjuicio de que en la aplicación de los respectivos institutos a veces se prescinda de la ortodoxia constitucional). 2°) En segundo lugar, por el mismo motivo el tema de la competencia para declarar la emergencia no se presenta en el caso del golpe de Estado mientras que sí se encuentra definido para las demás. 3°) En tercer término, estas otras emergencias implican, al acudirse a los respectivos institutos, restricciones más amplias que las normales, e incluso suspensiones transitorias, en cuanto a los derechos relacionados con la causa de aquéllas. No sucede necesariamente lo mismo en la emergencia 'golpe de Estado', pues de por sí no aca-

[335] Ver el *Boletín*, nro. 51, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, julio 1990.

rrea limitaciones más extensas en el goce de los derechos subjetivos (aunque su prolongación en el tiempo importe la suspensión de los derechos políticos). Si, por otra parte, se advirtieren o produjeren hechos de resistencia a la nueva autoridad, seguramente recurrirá ella a las posibilidades que ofrece el estado de sitio. B) A esta altura asoma la muy importante pregunta de cuál sería el instituto aplicable a la emergencia 'golpe de Estado', teniendo siempre en mira que el objetivo de tales institutos consiste en superar las causas u orígenes de la situación de emergencia. Para responder, es preciso indicar antes cuáles son los previsibles efectos de la 'emergencia, golpe de Estado'. Sin duda, el más visible y más importante consiste en la interrupción del ciclo de gobierno constitucional y el acceso a las funciones de mando de quienes llegan a ellas por mecanismos o vías no contempladas en el ordenamiento constitucional, todo lo cual arriesga la estabilidad política y social del país. Por lo tanto, parecería que el objetivo del correspondiente instituto debería consistir en el intento de atenuar el efecto o el impacto de esa discontinuidad constitucional y garantizar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales compatibles con la alteración producida en el marco de las funciones estatales; vale decir, de la parte dogmática en su integridad, de lo relativo a las atribuciones del Poder. Ejecutivo y a la integración y funciones del Poder Judicial (aunque será rarísimo que suceda así, tal vez se haya mantenido, al menos por un tiempo, la coexistencia con el Poder Legislativo *de iure)*. Y bien, a mi juicio, el instituto de emergencia a que debe recurrirse en los supuestos de emergencia —golpe de Estado— es la doctrina *de facto*, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1930 y en 1943. Por ello, es menester analizar los principios de dicha doctrina y confrontarlos con esa decisión para comprobar si realmente armonizan con ellos".

La llamada "doctrina *de facto*" comienza su desarrollo con la "acordada" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 10/9/1930, es decir, cuatro días después del golpe revolucionario que derrocara al presidente Hipólito Yrigoyen; dicha acordada fue elaborada sigilosamente fuera del horario habitual para ese tipo de decisiones de la Corte y recién fue publicada el día 13 de septiembre del mismo año. La acordada de 1930 reconoció la legitimidad del gobierno provisional en el derecho de la "revolución triunfante" y el "asentimiento popular"; al mismo tiempo, los jueces del Alto Tribunal no fueron depuestos sino que conservaron sus cargos bajo el pretexto o la ficción de una "continuidad de la legalidad". El mismo criterio sería reiterado por la Corte de 1943 al sobrevenir otro movimiento revolucionario de tinte nacionalista. De ese modo, se ve convalidada una situación que con el correr de los años se convirtió de alternativa fáctica en alternativa jurídica, acentuando el estado de ajuridicidad que padeció el país. El discurso que desarrolló la Corte dio validez jurídica al puro hecho de fuerza y a partir de allí alimentó un mensaje implícito: que podía violentarse una parte de la Constitución sin destruir el orden constitucional.

Destaca la profesora María Angélica Gelli que un análisis semántico de la acordada revela el predominio claro de los términos que refieren a la situación de hecho que se vivía en el país, frente a las palabras que remiten a la Constitución y sus garantías. Voces tales como "gobierno provisional", "presidente provisional", "gobierno *de facto* o de hecho" y "revolución triunfante", están utilizadas diez veces. El término Constitución aparece en tres ocasiones y las "garantías individuales y de la propiedad" están indicadas en diez oportunidades. Del mismo modo que con las palabras claves, las frases empleadas en el documento señalan nítidamente el desequilibrio entre las referencias al *"facto"* y a "lo constitucional". Diez frases explicitan ideas relacionadas con la Constitución y el gobierno de hecho y sólo dos hacen referencia al mantenimiento de algún orden constitucional. Apareciendo la acordada como un todo, resulta esclarecedor determinar: quién se expresa en el documento; qué dice; cómo y de qué manera lo dice; a quiénes se dirige; y en nombre de quién habla. Es evidente que la Corte Suprema es quien emite el instrumento jurídico conocido como la acordada de 1930. Lo hace en acuerdo con los ministros, con la presencia del procurador general. Mas la Corte no era —ni es— solamente un tribunal que pone fin a los conflictos de intereses. Como órgano supremo del Poder Judicial es cabeza de uno de los poderes del Estado y en la época en la que se dictó la acordada contaba con el prestigio adicional que le daba el peso de las personalidades que integraban ese tribunal [336].

El autor que ha alcanzado mayor difusión como expositor de la doctrina *de facto* ha sido el administrativista canadiense Albert Constantineau, merced a la cita que del mismo realizó la Corte en la referida "acordada". El *Tratado de la doctrina de facto*, cuya autoría corresponde al autor referido (traducción española en dos volúmenes, Depalma, Buenos Aires, 1945), lleva un largo título original que es el siguiente: *"Tratado de la doctrina* de facto. *En relación con los funcionarios y entidades públicas, basado en la jurisprudencia de Inglaterra, Estados Unidos y Canadá. Con comentarios sobre los recursos legales y extraordinarios referentes a la prueba del título, al cargo y a la existencia corporativa de una entidad*. En el libro, una de las hipótesis de aplicación de la "doctrina *de facto"* se encuentra representada por la justificación del "reconocimiento de la autoridad de gobiernos establecidos o mantenidos por personas que han usurpado la autoridad soberana del Estado y se afirman por la fuerza de las armas contra el gobierno legítimo". La doctrina confiere validez "a los actos oficiales de personas que bajo la apariencia de derecho o autoridad, ocupan un cargo bajo los antes mencionados gobiernos" (ps. 9 y 10). Más adelante vuelve Constanti-

336 GELLI, María A., "Los estados del discurso de la Corte Suprema a propósito de las emergencias", *Boletín de la AADC*, nro. 54, octubre 1990, p. 5.

neau sobre estos conceptos. "...Es casi innecesario agregar que los principios de la doctrina *de facto* son aplicables a toda clase de funcionarios públicos... Tampoco tiene importancia la condición o rango del funcionario, ya sea el más alto de los cargos, o el más insignificante en el país" (ps. 29/30). "...Un gobierno *de facto*, en el estricto sentido jurídico, es un gobierno que ilegalmente obtiene la posesión y el control de un Estado o país, desapoderando al legítimo gobierno legal, cuyos poderes declara ejercer" (p. 73).

Fundamentando la doctrina en la "continuidad jurídica del Estado", observa Constantineau: "...Cualquier otra norma llevaría a tal incertidumbre y confusión que perturbaría el orden y la tranquilidad de toda la administración civil..." (p. 11). "...La doctrina se basa en las consideraciones de justicia y necesidad y está destinada a proteger y resguardar de daños a la comunidad en general o a las personas privadas que inocentemente o por medio de coerción se someten, reconocen o invocan la autoridad asumida por los antes mencionados gobiernos..." (ps. 9/10).

Al consignar la cita de Constantineau, la Corte señala que "...La doctrina constitucional e internacional se uniforma en el sentido de dar validez a sus actos, cualquiera que pueda ser el vicio o deficiencia de su nombramiento o de su elección, fundándose en razones de policía y de necesidad y con el fin de mantener protegido al público y a los individuos cuyos intereses puedan ser afectados, ya que no les sería posible a estos últimos realizar investigaciones ni discutir la legalidad de las designaciones de los funcionarios que se hallen en aparente posesión de sus poderes y funciones".

A decir de la Dra. María Angélica Gelli, cuando la Corte Suprema dictó la acordada de 1930, anticipándose a la eventual restitución o afectación de derechos personales por parte de los gobernantes y funcionarios *de facto*, reconociendo a aquéllos hizo algo más que dar validez a un golpe de Estado, estructuró un discurso que podría formularse de la siguiente manera, en opinión de la autora citada: "...La Constitución es una fórmula básica que rige mientras no sobrevenga una revolución; pero si ésta acontece, triunfa y sus protagonistas detentan el uso de la fuerza, no por ello se destruye el orden constitucional, si es que los gobernantes *de facto* se obligan a respetar la Constitución; es decir que por esa doctrina se creaba la idea de que era posible quebrar la Constitución sin violarla. Y aún más, se fundaba la legalidad de un gobierno *de facto* a partir de la misma Constitución que se incumplía..." [337].

La Corte de 1930, que acuñó la doctrina *de facto* en nuestro país, justificando la toma ilegítima del poder por la revolución de tinte nacionalista de Uriburu, acuñó al mismo tiempo la tesis de la duración limitada de los actos jurídicos de los gobiernos *de facto*. Tales actos de gobierno recibieron la

337 GELLI, María A., "Los estados...", cit.

denominación de "decretos-leyes", en tanto se trataba de normas de alcance general pero que no eran dictadas por el órgano legislativo que se encontraba disuelto, sino que eran emanados del propio Poder Ejecutivo. Como se sabe, esta doctrina *de facto* recibió en los jueces de nuestro más Alto Tribunal las enseñanzas de Constantineau y de Herfardt, aunque, como también se ha señalado, tal recepción se produjo alterando su correcta interpretación. Lo cierto es que en los fallos "Martiniano Malmonge Nebreda", del 15/11/1933 (Fallos 169:317) y en "Municipalidad de la Capital Federal v. Mayer", del 2/4/1945 (Fallos 201:266), la Corte afirmó claramente los principios de la vigencia limitada de los decretos-leyes a la duración del período *de facto*. Según esta doctrina, sólo por excepción corresponden facultades legislativas al gobierno *de facto*, y ellas se limitan por las interdicciones que siguen: a) Existencia de una necesidad vital para la marcha del Estado; b) Que dicha necesidad sea urgente, que no admita demora so pena de precipitar el país en el caos o la anarquía; c) Que establezca penas o sanciones; d) Vigencia de los decretos-leyes durante el tiempo en que el gobierno *de facto* rija los destinos de la República. En el citado caso "Malmonge Nebreda" se argumentó sobre la tesis de la validez temporal de los decretos-leyes, sosteniéndose que a los mismos "...No pueden acordárseles efectos jurídicos que se proyecten sobre la situación legal que ha sucedido (normalización constitucional). Si el Congreso de la Nación creyó del caso aprobarlos y darles validez por leyes posteriores, es seguramente porque consideró que no la tenían, por haberse excedido de sus facultades el gobierno que los dictó...". Será entonces en 1947, con la nueva Corte constitucional, que se producirá el cambio en la jurisprudencia a favor de la ilimitación temporal de los actos de gobiernos *de facto*. De este modo, quedará expedita la vía que justificará el poder revolucionario de 1955 y le permitirá derogar la Constitución de 1949 mediante "proclama". La nueva Corte hará suya la doctrina que había sostenido el ministro Casares en varias disidencias anteriores. En el caso "Enrique Arladini" del 22/8/1947 (Fallos 208:184) se dirá: "...En la medida en que sea necesario, para gobernar, un gobierno tiene facultades legislativas, sin que la determinación de esa necesidad —en cuanto a la extensión y a la oportunidad— siendo como es, objeto de la prudencia política, puede ser judicialmente revisada". En el caso "Ziela, Smiriglio Hnos.", del 1°/10/1947, señaló: "...Los decretos-leyes dictados por el gobierno *de facto* son válidos en razón de su origen y, puesto que tienen el valor de leyes, subsisten aunque no hayan sido ratificados, mientras no sean derogados de la única manera que éstos pueden serlo, es decir, por otras leyes". Estas tesis llegarán a su extremo con el gobierno revolucionario de 1955. En el caso "Perón, Juan Domingo", del 21/6/1957 (Fallos 238:123), dictado por la nueva Corte nombrada por el gobierno revolucionario, se dirá: "...Dentro del régimen constitucional argentino, todo gobierno, sea regular o revolucionario, está facultado para establecer la legislación que considere conveniente, tanto en las situa-

ciones ordinarias como en las de emergencia, siempre que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías individuales o las restricciones que la misma Constitución contiene en salvaguardia de las instituciones libres". "El gobierno de hecho surgido de una revolución tiene el poder de realizar todos los actos necesarios, y entre ellos, los de carácter legislativo, para el cumplimiento de los objetivos de la revolución...". Se han ensayado diferentes teorías para justificar el poder revolucionario y la validez ilimitada en el tiempo de sus actos. Algunas de ellas basadas en la propia naturaleza del poder que no haría distingos entre la legalidad o la ilegalidad constitucional, recordando a la figura del Minotauro como nueva aparición del Leviatán, según la metáfora de Bertrand de Jouvenel. Otras corrientes invocan a Sieyès para legar a artificiosas construcciones acerca de la titularidad del poder constituyente por el pueblo y su identificación con el movimiento revolucionario; otras simplemente basadas en la eficacia del poder revolucionario y en la determinación del poder. Finalmente, otros autores justificaron la validez ilimitada de los decretos-leyes en la necesidad de mantener una continuidad jurídica. Así, ha señalado Juan Francisco Linares en un artículo titulado "Limitación temporal de los decretos-leyes de la revolución": "...La vigencia de las normas jurídicas no puede estar subordinada a la subsistencia del órgano que las dicta...", posición que encuentra basamento en un célebre fallo de la Suprema Corte de Estados Unidos, *in re* "Thorrington v. Smith", de 1868, donde dijo: "...Un gobierno *de facto*, el más alto grado reviste un carácter muy estrechamente parecido al de un gobierno legal...; las obligaciones contraídas por él en nombre de un país serán, en general respetadas por el gobierno *de iure* cuando éste sea restablecido...". "...Los actos realizados por un gobierno de hecho deben ser considerados en general como válidos y obligatorios en cuanto no afecten los justos derechos garantizados por la Constitución o los ciudadanos...".

No pretendemos acá introducirnos en un espinoso debate acerca de la justificación del derecho del gobierno revolucionario, en todo caso pensamos que esa materia está más cerca de la filosofía y de la ciencia política que del derecho constitucional. Desde el punto de vista del derecho constitucional lo que corresponde es que determinemos si las interrupciones constitucionales o períodos *de facto* pueden ser encuadrados como situaciones de "emergencia constitucional". Y a ese interrogatorio respondemos rotundamente no. Las interrupciones del orden constitucional por gobiernos *de facto* son simplemente violaciones a la Constitución Nacional, en tanto la sedición o el hecho revolucionario no están considerados como institutos de emergencia sino, por el contrario, como delito (art. 22). Desde el punto de vista estrictamente constitucional, la consideración de un instituto de emergencia requiere que el mismo esté previsto en el propio texto constitucional. Por eso es que la expresión "dictadura constitucional", que en nuestro medio algún autor pretendió asimilar al hecho revolucionario en los términos de la

doctrina *de facto*, es incorrecta. La institución dictadura, propia del derecho romano, fue prevista por éste, reglada, y tuvo una fija limitación temporal que nunca podía exceder los seis meses, y así ocurrió siempre que se debió recurrir a ella (excepto con Julio César). Por ello, el cambio jurisprudencial de 1947, en los hechos, no se refiere tanto a la emergencia como a un retorno al hecho revolucionario que nuestra Corte ya había empleado para justificar los poderes provisorios del gobierno de Mitre después de la batalla de Pavón. Así, la Corte consagró, en Fallos 2:142, el derecho a ejercer: "...Todos los poderes nacionales con el derecho de la revolución triunfante y asentida por los pueblos y en virtud de los graves deberes que la victoria imponía". Las quiebras al orden constitucional en nuestro país se han visto también acompañadas de frecuentes cambios en el Poder Judicial, que obstaron a su inamovilidad, y que, por el contrario, favorecieron la presencia de Cortes adictas sobre todo en los últimos años. Respetados en 1930, 1943 y 1962, los miembros de la Corte Suprema fueron declarados cesantes y reemplazados en 1955, 1966 y 1976. De manera tal que 1955 marca un precedente en el recambio *de facto* de la Corte Suprema, si bien el dec. 487/1955 dispuso que los miembros de la Corte y tribunales inferiores nombrados por ese gobierno gozarían de inamovilidad hasta que se constituyeran las nuevas autoridades constitucionales; hecho obvio de por sí, en tanto los jueces nombrados no tenían el correspondiente acuerdo del Senado.

6. El estado de sitio

Ya aclarado el punto en cuanto a que desde la óptica jurídico-institucional los golpes de Estado o movimientos revolucionarios no constituyen institutos de emergencia, sino que son violaciones al propio sistema constitucional de acuerdo con el art. 22, corresponde ahora determinar cuáles son las emergencias y los remedios a tales emergencias que prevé la Constitución. Definidas las emergencias por García Pelayo como "situaciones de excepción, singulares, originales y previsibles", se han ensayado diferentes clasificaciones de las mismas. Siguiendo al profesor Germán Bidart Campos podemos agruparlas en tres categorías fundamentales: a) la guerra; b) los desórdenes domésticos o internos; c) las crisis económicas [338]. En tanto los principales "institutos de emergencia" que conocen la doctrina y el derecho comparado son: a) el estado de guerra; b) la ley marcial; c) el estado de asamblea; d) el estado de sitio; e) las facultades extraordinarias; f) la suspensión de garantías; g) la suspensión del hábeas corpus; h) los remedios innominados. Nuestra Constitución Nacional menciona dos emergencias y un solo instituto de emergencia. Como emergencias señala: la guerra (ataque

[338] BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, cit., t. I.

exterior) y la conmoción interior. Se incorporó el instituto "estado de prevención y alarma" por la Constitución de 1949. La "conmoción interior", prevista en el art. 23, equipara a todo desorden doméstico de similares características, como la sedición o la invasión interprovincial (art. 6°); las hostilidades interprovinciales calificadas de guerra civil (art. 127), en tanto que la expresión "ataque exterior" se asimila al estado de guerra en los términos de las previsiones constitucionales sobre la guerra. Los institutos de emergencia son formalmente declarados o puestos en vigor por los órganos de poder. Poner en vigencia un instituto significa un acto formal de constatación de que la emergencia existe. Por supuesto que en el uso de tal competencia hay un margen de riesgo y de error, en cuanto el órgano de poder puede equivocarse de buena o mala fe y declarar que existe emergencia, o poner en vigencia un instituto de emergencia sin que realmente la haya. Al respecto debe señalarse que nuestra jurisprudencia ha acuñado como norma del derecho judicial la de que el acto declarativo de la emergencia, o el que pone en vigor el respectivo instituto, es un acto político que cumple privativamente el órgano encargado de ello, configurando una cuestión política no judiciable. Los institutos de emergencia poseen dos características fundamentales: a) por un lado, producen efecto en el derecho constitucional del poder o parte orgánica de la Constitución, cual es el de acrecentar ciertas competencias del poder, reforzando la de algunos o varios órganos de poder; b) por otro, surge otro efecto en la parte dogmática de la Constitución, originando una restricción de libertades, derechos y garantías individuales. Finalmente, debemos aclarar que si la doctrina de la emergencia da sustento a un acrecentamiento del poder, el principio general de la división de poderes señala que el "poder" que acrece debe situarse siempre en la zona de competencias propias del órgano que lo acrecienta, lo que descarta que por razón de emergencia un órgano pueda usar la competencia de otro. Ello porque la división de poderes no declina. Este criterio implica rechazar la doctrina y la práctica de los "decretos" (o reglamentos) de urgencia o necesidad a cargo del Poder Ejecutivo en reemplazo del Congreso, por razón de emergencia.

La guerra es tal vez la más grave de las emergencias. Como emergencia existe de hecho en la medida en que hay lucha u hostilidades entre dos o más Estados beligerantes. El "estado de guerra", como instituto de emergencia, surge implícitamente de las previsiones que sobre la guerra contiene la Constitución. En cuanto a la guerra, nuestra Constitución prevé su declaración; la entrada y salida de tropas extranjeras y nacionales; la fijación de las fuerzas de línea; la concertación de la paz; el ataque exterior (arts. 75, incs. 25, 27 y 28, y 99, inc. 15). En cierto modo, la masa de los poderes militares del Poder Ejecutivo y del Congreso da pie para su transformación en "poderes de guerra". Cabe señalar que la República Argentina sólo ha declarado

la guerra al Paraguay en 1865 y a Alemania y Japón en 1945. Con motivo de la Segunda Guerra Mundial, en 1945, el gobierno argentino dispuso la incautación de bienes de propiedad enemiga. En tal caso existía declaración formal, pero no había de hecho hostilidades que justificaran la aplicación de medidas excepcionales por parte de los poderes del Estado. Sin embargo, tales medidas fueron avaladas por la Corte Suprema en el caso "Merck Química Argentina v. Gobierno nacional", del 9/6/1948, fallo que también implicó un cambio de jurisprudencia respecto de la anterior posición del tribunal. En la oportunidad, entre otras consideraciones, señaló la Corte: a) que no cabe discusión sobre la preexistencia de los poderes de guerra; b) que esos poderes son forzosamente anteriores y aun superiores a la Constitución Nacional; c) que se debe dejar al criterio del presidente de la Nación lo relativo a las formas y a los medios más convenientes para salvar exitosamente los sagrados intereses de la República. Este fallo, además de sostener la aplicación de la tesis "monista" para las situaciones de guerra y la posición llamada "dualista" para la paz, convalidó la legislación sobre "propiedad enemiga", que significó su confiscación lisa y llana y que de no aceptarse la supremacía del derecho internacional de guerra hubiera debido reputarse inconstitucional por aplicación del art. 17. La jurisprudencia anterior provenía de 1927, del caso "Compañía Azucarera v. Provincia de Tucumán" (Fallos 150:150), en donde se sostuvo que: "...La Constitución es un estatuto supremo para regir las relaciones y los derechos de los hombres, tanto en los tiempos de paz como de guerra". Vale decir que los dos cambios de jurisprudencia importante que hemos apuntado en este período, a saber: el fallo "Arlandini", de 1947, y el fallo "Merck Química Argentina", de 1948, acuñaron doctrinas en orden al acrecentamiento del poder del Estado en situaciones de emergencia, respecto de la jurisprudencia anterior. A este período también corresponde, por primera y única vez en nuestro país, la declaración del "estado de guerra interno" por decreto del 28/9/1951 (dec. 19.376/1951), con motivo de un alzamiento militar contra el gobierno nacional, siendo aprobado por el Congreso y convertido en ley 14.062 el mismo día de su firma por parte del Poder Ejecutivo, siendo promulgada el 22 de octubre del mismo año. Teniendo en cuenta que se trata de un instituto no previsto en la Constitución de 1853-1860 ni en la Constitución de 1949, corresponde que analicemos cuál fue la interpretación y alcance que le dio la jurisprudencia. En el caso "Alfredo L. Palacios s/hábeas corpus", del 1°/10/1951, el juez Ricardo Levene (h) sostuvo que el estado de guerra interno "...Tiene efectos similares a los que produce lo que en doctrina se conoce como la ley marcial, vale decir la aplicación y uso de la ley militar, en el lugar o en el territorio ocupado por las fuerzas armadas de la Nación, según la discreción de sus jefes y las necesidades de la guerra; lo que comporta el predominio de la autoridad, ré-

gimen y jurisdicción militar". Nosotros ya hemos destacado que la llamada ley marcial comporta un instituto de emergencia particular, existente en el derecho comparado que consiste en aplicar a los civiles la legislación militar. Tal instituto no está previsto en nuestra Constitución Nacional ni tampoco lo estuvo en la Constitución de 1949. Por el contrario, basta recordar la frase de Bartolomé Mitre en su alegato como senador en el caso del fusilamiento de Zacarías Segura en 1869 en cuanto que "...La ley marcial, o lo que es lo mismo, el Código Militar o la competencia de tribunales militares aplicada a los delitos comunes, con exclusión de las leyes y de los jueces ordinarios o naturales, no es institución de los pueblos libres". Por su parte, la Cámara Federal de la Capital, en la causa "Gregorio Pomar" de abril de 1952, señaló que: "...Durante el estado de guerra se suspende la vigencia de la Constitución en la medida en que las circunstancias lo requieran...", dándole un alcance verdaderamente inusitado a la emergencia declarada por el gobierno. En el caso "Alberto Attias" (Fallos 223:206) la mayoría de nuestro Alto Tribunal sostuvo: "...la declaración del estado de guerra —aun en el orden interno del país en el caso de insurrección u otros análogos— es, por su naturaleza, un acto indiscutiblemente político, que a semejanza del estado de sitio o de las intervenciones del art. 6° en todos los casos que el mismo autoriza, es función privativa de los poderes políticos del gobierno, a los que exclusivamente corresponde su verificación, sin que tales actos puedan supeditarse al examen y aprobación del Poder Judicial". Por su parte, en su voto de disidencia el Dr. Tomás Casares dijo: "...Que el estado de guerra interno implica, sin duda alguna, la conmoción interna con motivo de la cual el órgano constitucional correspondiente puede declarar el estado de sitio...". En el caso "Gobierno nacional v. Ricardo Ahualli y otros", del 9/10/1952, la Corte Suprema dijo: "...Los delitos cometidos por los civiles están comprendidos en la jurisdicción militar en los casos especialmente determinados por el respectivo Código o por leyes especiales. Que el art. 109, inc. 7°, ap. 2 del Código citado excluye la competencia de los tribunales castrenses en el delito de conspiración previsto en el art. 647, cometido por civiles. Mas tal excepción no rige en los casos del art. 110, inc. 4°, según el cual en tiempos de guerra la jurisdicción militar es extensiva 'a los particulares o personas extrañas de las instituciones armadas, que en las zonas de operaciones o zonas de guerra cometieran cualquiera de los delitos previstos en el título III de este Código o cualquier otro hecho que los bandos de los respectivos comandantes sancionaren'". Previsiones similares fueron contenidas en la ley 13.234 sobre organización de la Nación en tiempo de guerra, por la cual se creó un nuevo instituto de emergencia no previsto cual era el Servicio Civil de la Defensa, posteriormente derogado por la Revolución Libertadora. Por dicha norma se adoptaron una cantidad de medidas destinadas a lograr

la preparación, organización y dirección de la defensa nacional. Algunas de estas medidas afectaban directamente a civiles. Éstos: a) debían prestaciones gratuitas destinadas a atender la organización de la defensa pasiva contra ataques aéreos; b) debían contribuir a la preparación y sostenimiento que el esfuerzo de guerra impone a la Nación; c) el Estado podía requisar (artículo de dominio o de uso) todo tipo de propiedad; pero la requisición era indemnizada. Además cabía la incautación de la capacidad productiva de las empresas. Ellas seguían en manos de sus propietarios con la obligación de trabajar por cuenta del Estado; d) los civiles debían contribuir con la prestación de servicios personales (requisición de servicios), por lo que recibían una remuneración; e) en caso de catástrofe o emergencias graves, los civiles debían soportar requisiciones que podían comprender: servicios de cualquier habitante del país (en forma individual o colectiva), servicios de los sindicatos, sociedades y asociaciones, la propiedad y el uso de sus bienes. En todos los casos la requisición daba derecho a indemnización; f) todo convocado para el servicio civil de la defensa quedaba sometido al Código de Justicia Militar, como si fuera convocado para el servicio militar; esto implicaba que los movilizados podían ser juzgados por los tribunales militares [339].

Una de las novedades fundamentales fue sin duda la incorporación del llamado "estado de prevención y alarma", por la Constitución de 1949, a continuación del ya tradicional instituto del estado de sitio. Por el art. 34 *in fine* de la Carta Fundamental entonces vigente se dispuso: "...Podrá declararse asimismo el estado de prevención y alarma en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o actividades primordiales de la población. Una ley determinará los efectos jurídicos de tal medida, pero ésta no suspenderá, sino que limitará transitoriamente, las garantías constitucionales en la medida en que sea indispensable. Con referencia a las personas, los poderes del presidente se reducirán a detenerlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, por un término no mayor de treinta días". Asimismo, de acuerdo con el art. 83, inc. 19 *in fine*, el presidente de la Nación declara: "...También el estado de prevención y alarma en uno o varios puntos del país en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población, por un término limitado y da cuenta al Congreso. El presidente ejerce estas atribuciones dentro de los límites prescriptos en el art. 34". Con este instituto se recoge una de las figuras del derecho comparado cual es el estado de alarma del derecho español entonces vigente. La Constitución de 1949 agregó el nombre de "prevención" y

[339] DALLA VIA, Alberto R., "De Constantineau a la teoría de la revolución triunfante", *Boletín de la AADC*, nro. 51, julio 1990, p. 3.

alarma, figura diferente del estado de sitio. El estado de prevención y alarma prevé situaciones de menor gravedad que el estado de sitio y tal como era contemplado por la norma constitucional no requería de una norma legal sino que era facultad del Poder Ejecutivo dictarlo por decreto. Si bien el instituto nunca llegó a aplicarse ni a reglamentarse, siendo derogado junto con la Constitución que lo preveía, no por ello dejó de abrir la discusión en la doctrina en cuanto a los extremos que presentaba su aplicación. Por un lado, se hablaba de una "limitación", pero no suspensión de las garantías constitucionales, sin quedar claro cuál era el alcance de tal limitación; por otra parte, concedía al presidente de la Nación las mismas facultades que en el caso del estado de sitio (detención y traslado de las personas de un punto a otro del territorio), pero sin conceder el derecho de opción de salir del país. El punto central de la crítica por parte de tratadistas de la época como Bielsa y Linares Quintana, sin embargo estuvo dado por la facultad otorgada al Poder Ejecutivo para su aplicación y su no justificación frente a la figura del estado de sitio, que se interpretaba con efectos limitados a la suspensión del hábeas corpus. Existía el temor de que los gobiernos pudieran abusar de este instituto restringiendo los derechos individuales —temores muy propios de los tiempos que corrían—. No obstante tales posiciones y la autoridad de quienes la suscribían, cabe señalar que la justificación de la figura del estado de prevención y alarma se encontraba en el hecho de que el estado de sitio es una figura prevista para hechos de mayor gravedad como la guerra o las graves conmociones internas y que se requerían de remedios rápidos para mantener la paz interna ante las amenazas menores. Éstos, entre otros, fueron los argumentos empleados por los convencionales Lafitte y Casiello, quienes además invocaron antecedentes de un sistema bipartito de instituciones de emergencia en las constituciones de 1819, 1826 y 1853. Así, el art. 83, inc. 20, Constitución de 1853 prescribía: "...Aun estando en sesiones el Congreso, en casos urgentes en que peligre la tranquilidad pública, el presidente podrá por sí solo usar sobre las personas la facultad limitada del art. 23...". Dicho en palabras del convencional Lafitte: "...El estado de prevención y alarma surge así como una medida de precaución, para poner coto a situaciones que, sin revestir la gravedad de las que provoca el estado de sitio, son lo suficientemente serias para perturbar la vida de la Nación en su desenvolvimiento normal, y que exigen medidas rápidas y seguras para que el país no sufra males mayores. Ambas son potestades de emergencia con que provee al poder público para resolver situaciones también de emergencia, facultades que son otorgadas de acuerdo con la naturaleza intrínseca del poder que las inviste y en perfecta concordancia con las situaciones a que se aplican. Ya sea que estén en peligro la seguridad de la Nación, la Constitución o las autoridades creadas por ella, por ataques exteriores o por conmoción

interior, o que se vea amenazado el normal desenvolvimiento de la vida y de las actividades primordiales de la población, por perturbaciones del orden, se aplicará el estado de sitio o el de prevención y alarma, respectivamente. Son dos situaciones perfectamente diferenciadas las que se contemplan, pero que pueden llevar a una misma resultante: afectar o lesionar la vida de la Nación, la marcha del Estado o el imperio de la Constitución. Pero son dos gradaciones que no pueden regirse por la misma norma. El estado de sitio es la medida extrema por la que se suspenden las garantías constitucionales para asegurar el imperio de la Constitución. El estado de prevención y alarma limita, transitoriamente, sin suspenderlas, a esas garantías, a los efectos de reprimir o evitar hechos que, sin poner en peligro inmediato la Constitución, afectan los derechos que ella garantiza, amenazando el normal desenvolvimiento de las actividades primordiales de la población. Quedará a cargo de la ley determinar los efectos jurídicos de la medida...". Como ya señalamos, esa ley nunca se dictó. Nosotros pensamos que las críticas doctrinarias a este instituto se fundamentaron más en la desconfianza respecto de su abuso o mala aplicación, que a las características propias de la previsión del estado de excepción y alarma. Desde nuestro punto de vista, es mucho menos criticable la previsión constitucional de un instituto de emergencia para situaciones determinadas, de gravedad, que la justificación artificiosa de los incrementos del poder por los órganos del gobierno o la falta de adecuación real entre la aplicación de los remedios excepcionales y la verdadera necesidad de aplicarlos. El problema, entonces, no está en tal o cual instituto, sino en la autoinhibición de la Corte Suprema en juzgar la razonabilidad de la declaración de emergencia con la doctrina de las "cuestiones no judiciables" y en la integración de tribunales adictos a los gobiernos.

Joaquín V. González [340] define al estado de sitio como medida excepcional de gobierno, dictada en circunstancias de extrema gravedad para el orden público, la paz interior y la seguridad común, temporaria en sus efectos, y que impone la pérdida de los derechos y garantías individuales mientras está en vigor. Esta institución, usada en momentos de crisis nacional, es un arma de doble filo; así como puede salvar el orden constitucional, puede destruirlo definitivamente y suprimir la libertad. Tal como ha sido regulado y adoptado por nuestra Constitución, reconoce como finalidad suprema —precisamente— la defensa de la Constitución y de sus derechos y garantías. Así lo ha declarado la Corte en sus más importantes fallos sobre la materia, como lo hizo en el lejano caso "Alem" (15/12/1893): "...El objeto primordial del estado de sitio es la defensa de la Constitución y de las autoridades que ella crea. El estado de sitio, lejos de suspender el imperio de la Constitución, se

340 GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual...*, cit.

declara para defenderla" (Fallos 54:432). De allí la función esencialísima que le incumbe el Poder Judicial en el delicado funcionamiento del estado de sitio, como órgano guardián y custodio de las fronteras de la libertad y del orden jurídico frente a las eventuales demasías del Poder Ejecutivo. La naturaleza y la finalidad del estado de sitio, en cuanto a remedio excepcional y extraordinario, imponen dos notas básicas: la interpretación restrictiva que debe hacerse de las facultades que trae aparejadas para el Poder Ejecutivo, a la vez que su brevísima declaración determinada por la estricta subsistencia de la causa que justificó su declaración. En el orden institucional, "el funcionamiento y la competencia de los poderes no se altera por el estado de sitio. Solamente acrece, mientras éste dura, el poder que ejerce el Poder Ejecutivo" (Bielsa). En cuanto a la procedencia del estado de sitio, se dan dos casos: conmoción interna y ataque exterior, determinando el art. 75, inc. 29, que en el caso de conmoción interior corresponde al Poder Legislativo la declaración, y sólo le corresponde al Poder Ejecutivo durante el receso congresional; pero una vez reunido el Congreso, éste debe aprobar o suspender la medida ejecutiva. A través del art. 99, inc. 16, en concordancia con el art. 61, se le otorga al presidente de la Nación la facultad de declarar esta medida en caso de ataque exterior. En virtud del principio básico de división de poderes, compete a los poderes políticos del gobierno federal realizar dicho acto declarativo, sin que éste pueda ser revisado luego por el poder jurídico que es el Poder Judicial. Pero si la declaración es un acto estrictamente político que está fuera de la órbita de control jurisdiccional y queda librado a la responsabilidad política de los titulares de los poderes políticos del gobierno, la ejecución de tan importante medida de emergencia está sujeta al control judicial de la razonabilidad de las medidas excepcionales, que la ley suprema autoriza adoptar al Poder Ejecutivo en consecuencia del estado de sitio. En lo tocante a los efectos de la declaración del estado de sitio, encontramos que, en nuestro derecho constitucional, la interpretación del art. 23 y sus concordantes ha generado distintas posiciones doctrinarias, desde aquella que sostiene la suspensión amplia de los derechos y garantías constitucionales, hasta la que sostiene que sólo suspende la garantía que resguarda la libertad física. Veamos sintéticamente cuáles son: a) suspensión amplia de todas las garantías de la libertad, incluyendo en el vocablo de garantías el conjunto de derechos individuales. Esta doctrina es sostenida por González Calderón y Montes de Oca, y fue acogida por el derecho judicial de la Corte Suprema hasta el año 1956 (caso "Grosso, Juan Antonio"). Se ha criticado a esta teoría que, de ser constitucionalmente exacta, permitiría violar en forma arbitraria todos los derechos reconocidos por la Constitución; b) suspensión de todas las garantías de la libertad, incluyendo en el vocablo garantías el concepto de derechos individuales, pero agregando que

las medidas restrictivas quedan sometidas —en la causa judiciable en que se las impugna— al control acerca de su razonabilidad. Este control abarca la relación entre el derecho o garantía afectado y el estado de sitio. Esta tesis fue adoptada por la Corte Suprema a partir del año 1959 en el caso "Sofía, Antonio"; c) suspensión limitada de las garantías de la libertad, afectándose solamente aquellos derechos cuyo ejercicio puede resultar incompatible con la preservación del orden constitucional que el estado de sitio pretende asegurar; con control judicial de razonabilidad en causa judiciable para verificar si se ha cumplido la regla expuesta. Esta tesis es la propiciada por Bidart Campos, a la que llama finalista porque tiende a averiguar si las medidas restrictivas, que se adoptan en un estado de sitio concreto, guardan relación de finalidad suficiente con la emergencia que se requiere conjurar (casos "Mallo", 1972; "Pérez de Smith", 1978; "Zamorano", 1977; "Timerman", 1978; "Granada, Jorge", 1985). En todos estos casos, la Corte recalcó que asiste a los jueces la facultad de efectuar el control de razonabilidad sobre la aplicación concreta de las medidas derivadas del estado de sitio; d) suspensión restringida y única de la garantía que resguarda la libertad física. Quienes acogen esta postura afirman que el estado de sitio exclusivamente suspende el hábeas corpus. Es sostenida por Linares Quintana y por César Enrique Romero, particularmente. Consideramos que cuando se detiene a una persona, no sólo se coarta su libertad física sino que se le impide el ejercicio de otros derechos que puede comprometer la emergencia [341].

El estado de sitio ha sido calificado como un verdadero "cementerio de nuestras libertades", rigiendo en buena parte de la vida institucional del país —sobre todo antes de la democratización de 1983— las facultades que el art. 23 le confiere al presidente de arrestar y trasladar a las personas, y la que el inc. 16 del art. 99 le concede de declarar tal estado de sitio por sí mismo durante el receso del Congreso de la Nación; el presidente se convierte así en árbitro de los derechos de los ciudadanos. Esto se agrava por la jurisprudencia de la Corte Suprema que hemos mencionado, que consideraba cuestiones políticas no judiciables la declaración y aplicación del estado de sitio, lo que fue modificándose, como vimos, con la última legislación y jurisprudencia.

Esta asunción de facultades normativas excepcionales por parte del presidente en institutos como el estado de sitio o la intervención federal a las provincias, fue delineando un hiperpresidencialismo que coloca al presidente argentino en un extremo de los regímenes presidencialistas.

[341] GIRAUDO, Marcela M. - FERNÁNDEZ APARICIO, José D. - RODRÍGUEZ, Marcela A. - VILCHES, María G., "La jurisdicción frente a la emergencia", *Boletín de la AADC*, nro. 73, mayo 1992, p. 3.

Son también relevantes las facultades que tiene el presidente en materia de intervención federal, que es un mecanismo no previsto en la Constitución norteamericana que sirvió de modelo a la Argentina. En aquélla sólo existe el auxilio de la fuerza a pedido de la legislatura o del gobernador (secc. 4, art. IV). El art. 6° de la Constitución argentina presenta una laguna al no definir qué órgano del gobierno federal tiene la facultad de intervenir una provincia [342]. Al comienzo de nuestra práctica constitucional —en que la intervención a una provincia era más limitada, ya que no se solía sustituir a las autoridades provinciales, sino mediar en sus conflictos internos— era el Poder Ejecutivo el que intervenía, por decreto, a las provincias. Cuando posteriormente se comenzó —principalmente con el presidente Avellaneda— a deponer a las autoridades provinciales mediante la intervención, se acudía a la intervención legislativa; pero, finalmente, esta práctica se desvirtuó, y el Poder Ejecutivo pasó, progresivamente, a intervenir más y más veces sólo por decreto —sobre todo durante el gobierno de Yrigoyen—, primero cuando el Congreso estaba en receso y luego aun cuando estaba en sesión (se llegó al extremo de no comunicar siquiera al Congreso la intervención efectuada).

Todo ello fue favorecido por la doctrina de la Corte Suprema en "Cullen v. Llerena" y en "Orfila", en cuanto a que lo concerniente a las intervenciones federales son cuestiones políticas que escapan al control de constitucionalidad por parte de los jueces. De este modo, el presidente vino a adquirir una facultad casi absoluta de nombrar delegados prácticamente personales en cualquier jurisdicción del país, desplazando a las autoridades electas de la provincia, y aun a las judiciales. Según la jurisprudencia de la Corte, el interventor federal actúa en nombre del gobierno nacional y responde sólo ante ese gobierno, no estando sujeto a las acciones frente a sus gobernantes establecidos por las leyes locales; sus facultades emanan de la ley o el decreto que lo haya designado; el interventor puede dictar decretos-leyes en el caso en que haya caducado la legislatura de la provincia intervenida. Si se combina esta facultad, que fue ejercida en innumerables ocasiones por casi todos los presidentes constitucionales argentinos, con las del estado de sitio, se comprende la cercanía del rol presidencial con el de un monarca absoluto.

7. El juicio por jurados

Al tiempo de sancionarse la Constitución de 1853 subsistía la legislación española vigente en la colonia junto a una cantidad de normas de derecho patrio. Por tal motivo, el constituyente encomendó al Congreso la reforma de la legislación, complementando la disposición con el art. 75, inc. 12 que le atribuye la sanción de los códigos de fondo. En este aspecto, nuestra Constitución se apartó notablemente de su modelo estadounidense toda vez que en aquel país el derecho de fondo es competencia de cada uno de los estados que conforman la Unión, siendo el derecho federal el conjunto de atribuciones delegadas expresamente por la enmienda X.

En nuestro país corresponde al Congreso dictar la legislación de fondo, quedando la materia de forma reservada a cada una de las provincias. En ese aspecto, nuestro modelo es más centralizado que el estadounidense y responde en buena medida al pensamiento ilustrado que buscaba la unificación cultural y legislativa a través de la concentración del debate parlamentario y del conocimiento en las universidades nacionales, que por entonces eran la de Córdoba y Buenos Aires. Basta señalar que la sanción del Código de Comercio y del Código Civil fueron posteriores a la de la Constitución Nacional. Los demás códigos fueron aun sancionados más tarde.

En cuanto al mandato dado al Congreso de establecer el juicio por jurados, el mismo se repite en los arts. 75, inc. 12 y 118 de nuestra CN y tiene como fuente el art. III, secc. 2ª de la Constitución de los Estados Unidos. Si embargo, el mandato constitucional en cuanto que "todos los juicios criminales se terminarán por jurados", no tuvo concreción al momento de sancionarse el Código de Procedimientos en lo Criminal, que se inspiró en el sistema procesal español, más precisamente en la *Compilación* española de 1879 que preveía prácticas inquisitivas [343].

Es decir que al momento histórico de realizar la reforma de la legislación en todas sus ramas, el Congreso no consideró conveniente, a nuestras prácticas y costumbres, la adopción de un sistema con jurados populares y prefirió en el llamado "Código Obarrio" seguir las pautas del procedimiento escriturario.

La participación popular en el proceso es un tema que se ha debatido en la doctrina, encontrando detractores y defensores. Se dice que si bien su práctica produce un sentimiento mayor de participación popular y legitimidad democrática del Poder Judicial, también plantea problemas de seguridad y justicia por la facilidad de influir en los jurados tanto por posibles prácticas de corrupción como por el mayor grado de influencia mediática o sensible sobre las personas convocadas a decidir.

El apartamiento de la práctica procesal penal, respecto del mandato de la Constitución, ha merecido la crítica de la doctrina [344]. Y ha sido interpre-

[342] Esta importante cuestión ha sido resuelta por la reforma constitucional de 1994, que estableció en el art. 75 que la intervención federal debe ser dispuesta por el Congreso de la Nación.

[343] BIANCHI, Alberto B., *El juicio por jurados. La participación popular en el proceso*, Fundación de Derecho Constitucional José Manuel de Estrada, Ábaco, Buenos Aires, ps. 21 a 30.

[344] MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal*, t. I, Ediciones del Puerto, Buenos Aires.

tado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por los tribunales inferiores, señalándose al respecto que al tratarse de un mandato dado por la Constitución al Congreso no había un plazo perentorio para ello, revistiendo la norma en examen el carácter de "programática" [345].

El Código Procesal Penal, actualmente vigente, ha establecido la oralidad y el principio dispositivo. Sin embargo, no se ha instituido la práctica de los jurados sino la de los tribunales de juicio integrados por jueces *de iure*, separando la etapa instructoria de la etapa del plenario. Los argumentos que se han dado no se diferencian de los argumentos clásicos en el debate, aun cuando la reforma fuera presentada como un avance en materia de garantías constitucionales en el proceso penal y debiera ser objeto de algunas correcciones en orden a lo dispuesto en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

[345] Fallos 115:92; 165:258; 208:21; 208:225; entre otros.

CAPÍTULO VIII

EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS

1. El art. 27 de la Constitución Nacional

La norma del art. 27 de la Constitución argentina impone la conformidad de los tratados "con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución", lo que significa que aquéllos deben ajustarse a la supremacía de la ley fundamental, de la misma manera que las leyes y los demás actos del derecho público interno del Estado. El art. 27, en este sentido, hace a la superlegalidad constitucional como lo hacen también los arts. 28 y 99, inc. 2°, referidos a las leyes y los decretos, respectivamente. Se trata de un conjunto de normas que integran el sistema de la Constitución y que deben considerarse en armonía con los arts. 31 y 116, que están más directamente referidos a nuestro sistema federal de Estado. Por el art. 31, resulta que los tratados forman parte de la "ley suprema de la Nación", junto con la propia Constitución y las leyes nacionales que "en su consecuencia se dicten por el Congreso": ello indica la supremacía del *derecho federal* sobre el *derecho local* de cada una de las provincias, haciendo de los *tratados* parte componente del primero. Pero si lo que se quiere fundamentar es la relación de supraubordinación entre la Constitución y los tratados, hay que acudir al art. 27, ya que del mismo se desprende un principio análogo al que el art. 28 impone al legislador al reglamentar los decretos y el art. 99, inc. 2° determina al presidente en cuanto a la reglamentación de las leyes. El art. 27, resulta entonces, una norma dirigida a los poderes públicos encargados de la conducción de las relaciones exteriores, a quienes fija los límites de su potestad, encuadrándola en la subordinación al derecho público de la Constitución. Ésta es una limitación del *contenido* de los tratados, que coloca a éstos dentro del control jurisdiccional al que están sometidos los demás actos estatales, haciendo factible la hipótesis de que por la vía de ese control se pueda llegar eventualmente a la impugnación de inconstitucionalidad de un tratado cuyo contenido fuese violatorio de principios que la Constitución asegura. Naturalmente que lo antedicho vale en el orden interno, ya que en un caso de violación el tratado cuestionado rige como obligación internacional y genera la consiguiente responsabilidad del Estado, mas en virtud del art. 27 no cabría su aplicación como derecho nacional por los jueces internos.

tado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por los tribunales inferiores, señalándose al respecto que al tratarse de un mandato dado por la Constitución al Congreso no había un plazo perentorio para ello, revistiendo la norma en examen el carácter de "programática" [345].

El Código Procesal Penal, actualmente vigente, ha establecido la oralidad y el principio dispositivo. Sin embargo, no se ha instituido la práctica de los jurados sino la de los tribunales de juicio integrados por jueces *de iure*, separando la etapa instructoria de la etapa del plenario. Los argumentos que se han dado no se diferencian de los argumentos clásicos en el debate, aun cuando la reforma fuera presentada como un avance en materia de garantías constitucionales en el proceso penal y debiera ser objeto de algunas correcciones en orden a lo dispuesto en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

[345] Fallos 115:92; 165:258; 208:21; 208:225; entre otros.

CAPÍTULO VIII

EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS

1. El art. 27 de la Constitución Nacional

La norma del art. 27 de la Constitución argentina impone la conformidad de los tratados "con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución", lo que significa que aquéllos deben ajustarse a la supremacía de la ley fundamental, de la misma manera que las leyes y los demás actos del derecho público interno del Estado. El art. 27, en este sentido, hace a la superlegalidad constitucional como lo hacen también los arts. 28 y 99, inc. 2°, referidos a las leyes y los decretos, respectivamente. Se trata de un conjunto de normas que integran el sistema de la Constitución y que deben considerarse en armonía con los arts. 31 y 116, que están más directamente referidos a nuestro sistema federal de Estado. Por el art. 31, resulta que los tratados forman parte de la "ley suprema de la Nación", junto con la propia Constitución y las leyes nacionales que "en su consecuencia se dicten por el Congreso": ello indica la supremacía del *derecho federal* sobre el *derecho local* de cada una de las provincias, haciendo de los *tratados* parte componente del primero. Pero si lo que se quiere fundamentar es la relación de suprasubordinación entre la Constitución y los tratados, hay que acudir al art. 27, ya que del mismo se desprende un principio análogo al que el art. 28 impone al legislador al reglamentar los decretos y el art. 99, inc. 2° determina al presidente en cuanto a la reglamentación de las leyes. El art. 27, resulta entonces, una norma dirigida a los poderes públicos encargados de la conducción de las relaciones exteriores, a quienes fija los límites de su potestad, encuadrándola en la subordinación al derecho público de la Constitución. Ésta es una limitación del *contenido* de los tratados, que coloca a éstos dentro del control jurisdiccional al que están sometidos los demás actos estatales, haciendo factible la hipótesis de que por la vía de ese control se pueda llegar eventualmente a la impugnación de inconstitucionalidad de un tratado cuyo contenido fuese violatorio de principios que la Constitución asegura. Naturalmente que lo antedicho vale en el orden interno, ya que en un caso de violación el tratado cuestionado rige como obligación internacional y genera la consiguiente responsabilidad del Estado, mas en virtud del art. 27 no cabría su aplicación como derecho nacional por los jueces internos.

Esta importancia y la función del art. 27, en el orden interno, fueron claramente advertidas en el debate de la Convención del Estado de Buenos Aires, reunida en 1860 con el fin de examinar la Constitución Nacional de 1853, según lo acordado en el Pacto de San José de Flores el 11 de noviembre de 1859. En la sesión del 30 de abril, al discutirse la enmienda al art. 15, por la que se adicionaba a esa norma una parte final ("y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan, quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República"), se suscitó un diálogo entre los convencionales acerca de la situación de los tratados contrarios a la Constitución, a propósito del que la Confederación había celebrado con el Brasil, otorgándole al Imperio la extradición de los esclavos fugados. Según Vélez Sarsfield "ese tratado ante la Corte sería nulo", afirmación que completaba con esta sentencia:

"El tratado es una ley particular que no puede destruir la Constitución. Por consiguiente, diciendo la Constitución, no hay esclavos, ninguna ley puede decir hay esclavos en un caso dado".

En respuesta a Mitre —que equiparaba los tratados con la Constitución— aclaraba Vélez Sarsfield que la Constitución no dice que los tratados sean ley constitucional: "Ninguna Constitución puede decir que un tratado es ley constitutiva. Es ley suprema, con relación a las leyes provinciales". Es interesante destacar que la aseveración de Mitre sobre el valor de los tratados ("tienen la misma fuerza que la ley constitucional"), no obstante su carácter accidental, recibió la adhesión de Gutiérrez ("Tienen más fuerza que la Constitución, porque hay tratados de paz que derogan los artículos constitucionales"), a la vez que la prevención de Elizalde ("...falta decir que los tratados no han de ser contra la Constitución..."). Fue la primera vez que en las asambleas constitucionales argentinas se enunciaron tales hipótesis y, a casi ciento cincuenta años de aquellas afirmaciones de Mitre y Gutiérrez, hoy se reabre el debate en torno al rango de los tratados, con motivo del problema contemporáneo de la integración y de la supranacionalidad.

El interesante debate de 1860 concluyó con la aprobación del agregado al art. 15, al que la percepción de Esteves Sagui estimaba innecesario corregir, toda vez que con el art. 27 —al que hizo leer en el recinto— era suficiente para fulminar de nulidad los tratados contrarios a la Constitución ("cuando se quiere pasar por sobre todos los principios son inútiles todas las leyes. Por consecuencia, en el art. 27 están salvos completamente todos los principios que se han indicado"). Faltaba la voz de los jueces.

Es éste y no otro el valor que reviste el art. 27 en nuestro sistema constitucional. El origen, las fuentes y demás apreciaciones que puedan formularse sobre su ubicación en el contexto, importan secundariamente: sabemos que fue inspirado por Alberdi, que lo incluyó en su Proyecto con otra redacción, tendiente a fomentar tratados que tuvieran por bases "las garantías constitucionales diferidas a los extranjeros" (art. 35 del Proyecto), principio

que a su vez recibía inspiración de su política de fomento de las relaciones de comercio e inmigración, que él veía como el mejor medio para afincar en el país "el protectorado de la civilización del mundo" [346].

El artículo no fue modificado en la reforma constitucional de 1994 dada la prohibición expresa al constituyente de realizar cambio alguno en la primera parte del texto constitucional, establecida por la ley 24.309 en su art. 7°.

Sin embargo, su alcance se ha visto influido por la reforma del art. 75, incs. 22 y 24, respectivamente, que se refieren a los efectos de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de integración, respectivamente. En especial, el art. 75, inc. 22, en su primera parte señala que los tratados internacionales son superiores en jerarquía a las leyes, afectando especialmente el alcance del art. 31 y superando la antigua polémica entre "monismo" y "dualismo", en favor de la primera posición.

Toda vez que la Constitución debe interpretarse como un todo armónico, las nuevas disposiciones complementan y aclaran el sentido y alcance de las primeras. El Dr. Sagüés calificó a esta técnica del constituyente de "contrabando normativo".

2. Los tratados internacionales a partir de la reforma de 1994

La reforma constitucional de 1994 fue la más extensa e importante de las reformas constitucionales que se han realizado en nuestro país utilizando la vía prevista por la propia Constitución en el art. 30, a tal punto que subsiste el debate en cuanto a denominarla como "una nueva Constitución" o tratarla simplemente como una reforma. Este último criterio es el que corresponde porque se trató del ejercicio del poder constituyente reformador o "derivado", pero la recurrencia de algunos autores a referirse a la reforma como la "Constitución de 1994" se basa en razones de contenido material en tanto son muchas e importantes las materias que resultaron modificadas.

Ha sido frondosa en su contenido y muy amplia en la cantidad de materias que quedaron involucradas, entre ellas la de los tratados internacionales, de manera tal que una simple comprobación numérica permite determinar a que en el texto "histórico" de 1853/1860 eran siete las disposiciones referidas a esta temática, en tanto han pasado ser once los artículos que en la actualidad se refieren a diferentes aspectos y clases de tratados internacionales [347].

[346] Citado por MONTES DE OCA, Manuel, *Lecciones de derecho constitucional*, t. I, La Buenos Aires, Buenos Aires, 1910, p. 460.

[347] SABSAY, Daniel A., "Los tratados internacionales luego de la reforma constitucional", en *La Constitución reformada*, Primer Seminario sobre la reforma de 1994, Ministerio del Interior, Programa para el Estudio y la Difusión de la Reforma Constitucional Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 86.

El miércoles 3 de agosto de 1994, el convencional por el Partido Justicialista, Dr. Alberto García Lema, decía en el recinto de sesiones ubicado en el paraninfo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral, en Santa Fe: "...debemos examinar si existe un verdadero impedimento en los arts. 27, 30 y 31 de la Constitución para que se otorgue jerarquía constitucional a los tratados internacionales. Sin duda, no se ha apreciado que exista dificultad en el primer apartado del nuevo inc. 19 del art. 67 propuesto en el dictamen de la mayoría en cuanto establece que los tratados y convenciones internacionales tendrán una jerarquía superior a las leyes. Esa prescripción no violenta el art. 31 de la Constitución puesto que no hace otra cosa que explicitar el orden de prelación de la Constitución, de los tratados y de las leyes para el futuro.

"Así, por ejemplo, constitucionalistas como Miguel Ángel Ekmekdjian, que en general ha sido un crítico del actual proceso de reforma, señala que no existe ningún impedimento para llegar a esta solución. En cambio, hay otros constitucionalistas como Badeni y Spota que ponen el acento en la posibilidad de jerarquizar un cierto tipo de tratados, concretamente los de derechos humanos, dándoles el mismo rango de otros preceptos de la Constitución.

"Sin embargo, esa opinión no es uniforme en la doctrina, que otro constitucionalista de la talla de Bidart Campos no participa de ese criterio. Incluso dice que el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de la que es parte la República Argentina, impide que un Estado invoque derecho interno para incumplir los términos de un tratado. En tal sentido, sostiene que no es posible alegar la supremacía de la Constitución para eludir el cumplimiento de un tratado internacional, incorporado al derecho interno para su ratificación..." [348].

Diferentes razones confluyeron para la envergadura alcanzada por la reforma en cuanto al régimen constitucional de los tratados. Podría decirse que el incremento vino de la mano de la intención expresa del legislador al habilitar el mecanismo de reforma constitucional previsto en el art. 30 de la ley fundamental, en cuanto a dar cabida a diferentes problemas que venían presentándose en nuestro derecho interno con relación al orden internacional, como era el caso de los tratados de integración con otros países, que permitiesen delegar competencias en organismos internacionales, así como el problema referido al orden jerárquico que debían ocupar los tratados sobre derechos humanos.

[348] Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, 23ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (continuación), p. 3015, versión taquigráfica.

El debate interno sobre esta última cuestión arrancó con especial énfasis al adherir nuestro país a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), firmada en San José el 22/11/1969, aprobada por la República Argentina según ley 23.054; sancionada el 1°/3/1984; promulgada el 19/3/1984 y publicada en el Boletín Oficial del 27/3/1984. Una publicación realizada por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional da cuenta, de tan importante debate, de las posiciones asumidas por nuestros constitucionalistas frente a un problema jurídico complejo donde la tendencia generalizada a dar directa recepción en el derecho interno a los tratados sobre derechos humanos chocaba contra la valla del art. 27 de nuestro texto constitucional, y donde especialmente, el reconocimiento de jurisdicción a un tribunal internacional (la Corte Interamericana de Derechos Humanos) chocaba frontalmente con la redacción del art. 100 (actual 116, CN) que mandaba someter a la Corte Suprema de Justicia de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas en que la Nación fuese parte.

Una línea jurisprudencial de avanzada fue dando paulatina respuesta a estas cuestiones por vía de interpretación, a la par que tanto la adscripción a nuevos tratados internacionales sobre derechos humanos, como así también el avance en los procesos de integración regional, a partir del hito que significó la firma del Tratado con el Brasil en el año 1986 entre los presidentes Raúl Alfonsín y José Sarney, que enterrara en el pasado viejos recelos e hipótesis de conflicto, abriría la puerta para que en 1990 se firmara el Tratado de Asunción que diera el punto de partida para la conformación del Mercado Común del Sur (Mercosur) el 1°/1/1995, actualmente en etapa de conformar una unión aduanera "incompleta o imperfecta" (según se guste en llamarla) sujeta a vaivenes cíclicos propios de las características e idiosincrasia de las naciones que la conforman pero resultando, sin duda, un avance significativo. A fines de 1994 tuvo lugar la firma del Protocolo de Ouro Preto y en esa misma línea de avance se inscriben los acuerdos especiales firmados con Bolivia, con Chile y con la Unión Europea.

A esa lista de antecedentes podría agregarse que ya también en nuestra doctrina anterior a la reforma constitucional algunos autores abogaban por algún mecanismo que permitiera cierta flexibilidad de las provincias para celebrar convenios internacionales en temas domésticos y de integración fronteriza, que fueran sometidos a aprobación del Congreso y permitieran avanzar en la práctica material de la integración.

De modo que si bien el punto principal de la reforma en este tema se encontraba contenido en el inc. I del art. 3°, ley 24.309 (Integración y Tratados Internacionales), como tema "habilitado", es decir, no sujeto al denominado "núcleo de coincidencias básicas" que debía ser votado en bloque bajo pena

de nulidad (arts. 2° y 5°, ley 24.309), lo cierto es que el tema de los tratados internacionales en la reforma constitucional de Santa Fe - Paraná recibió además del aporte del trabajo realizado en la Comisión de Integración y Tratados Internacionales, el de la Comisión de Derechos Humanos y Garantías y de otras como la de Federalismo, que influyeron en el tema de los tratados que pueden firmar las provincias.

Otros temas no estaban específicamente previstos, como fue el caso del orden de prelación normativo entre leyes y tratados internacionales (art. 31, CN), pero que resultaron ser una consecuencia de dar albergue constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN). La circunstancia de que la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional, prohibiese expresamente realizar reformas en la primera parte del texto, hizo que permanecieran inalterados los textos de los arts. 27 y 31, CN, fundamentales en la materia.

El art. 27 en cuanto determina los requisitos y condiciones que deben cumplir los tratados internacionales para poder ser incorporados al derecho interno, siendo el primero de ellos el de no ser contrarios a la Constitución, pauta que ha reafirmado el constituyente cuando en el art. 75, inc. 22, dijo que los tratados de derechos humanos allí enumerados y a los que asigna "jerarquía constitucional", no pueden contrariar a ninguno de los artículos de la primera parte, debiendo considerarse "complementarios" de la norma constitucional.

El art. 31 en cuanto determina la jerarquía del derecho federal sobre el derecho público provincial en el ámbito interno tampoco ha sufrido modificaciones y se mantiene inalterado aunque ha recibido una importante aclaración complementaria en la primera parte del art. 75, inc. 22, al establecer que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

En una serie de notas publicadas en el diario *La Nación* durante los meses en que sesionó la Convención Nacional Constituyente que tuviera origen en el Pacto de Olivos, el profesor Néstor Sagüés calificó con la expresión "contrabando normativo" a la actitud de la Convención de realizar reformas indirectas sobre la parte dogmática —donde estaba prohibido realizar reformas— haciéndolo con modificaciones en la parte orgánica que afectaron el significado de aquéllas.

Otra profesora de derecho constitucional que fue también una destacada convencional constituyente, la Dra. Elisa Carrió, destacó durante su intervención en un importante seminario internacional que el núcleo ideológico de la reforma se encontraba en el art. 75 referido a las atribuciones del Congreso [349]. Las razones de ese "desplazamiento ideológico" de la parte

[349] La referida exposición de la Dra. Elisa Carrió tuvo lugar en el Primer Seminario sobre la reforma de 1994, organizado por el Ministerio del Interior y el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, con la colaboración de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Honorable Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires, agosto de 1995.

dogmática son las mismas apuntadas por el Dr. Sagüés y las mismas que forzaron la inclusión de un nuevo capítulo en la primera parte denominado "Nuevos derechos y garantías", donde sobresale la posibilidad de interponer una acción de amparo cuando se vulneren derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un *tratado*, o una ley (la bastardilla es nuestra) [350].

También se mantuvieron inalterados los artículos referidos a la competencia de la justicia federal y de los tribunales federales, tanto en las causas comunes, de competencia originaria y exclusiva, como en las cuestiones referidas al derecho de gentes. El único cambio ha sido la numeración, de manera tal que los anteriores arts. 100, 101 y 102 pasaron respectivamente a denominarse 116, 117 y 118.

La consecuencia más importante de mantenerse inalterados los arts. 27, 31 y 116 (ex art. 100) ha sido que el acento reformista se centrara en la disposición del art. 67, inc. 19, que con las modificaciones del caso pasó a denominarse art. 75, inc. 22, agregándose un inciso nuevo, el 24 del mismo artículo, donde específicamente se trata la problemática de los tratados de integración.

De todos los proyectos y antecedentes de reforma, los que más se han reflejado en la labor constituyente fueron los de la Reforma Transitoria de 1972 [351] y los Dictámenes del denominado Consejo para la Consolidación de la Democracia [352]. El derecho público provincial tuvo también una importante influencia como consecuencia de la oleada de reformas a las constituciones provinciales que se realizaron a partir de la recuperación democrática en 1983. Es desde esa vertiente federalista donde toman origen las facultades (limitadas) de las provincias de suscribir tratados internacionales, contando con la debida autorización del Congreso.

Los Dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia, publicados en 1986 y 1987, es decir, ya en un tiempo en que el debate sobre la incorporación de tratados de derechos humanos y la conformación de or-

[350] Art. 43 (párr. 1°): "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...".

[351] El llamado Estatuto Fundamental de 1972 fue elaborado por una comisión de juristas notables. Perdió vigencia por un mecanismo de autointegración fijado en su articulado.

[352] El Consejo para la Consolidación de la Democracia fue creado por el dec. 2446/1985, bajo la coordinación del Dr. Carlos S. Nino. Publicó dos dictámenes sobre la reforma constitucional. El "tercer dictamen", referido a los temas económicos, quedó sin publicar.

ganismos supranacionales se encontraba avanzado, propusieron mantener sin alteraciones el texto del art. 27, aunque modificando el orden de prelación normativo del art. 31 *"...estableciéndose que los tratados, hayan sido celebrados con anterioridad o con posterioridad a la sanción de la ley, tendrán preeminencia respecto de ésta..."* [353].

Asimismo, y a los efectos de evitar una tacha de inconstitucionalidad de los tratados suscriptos por nuestro país, en el segundo dictamen se consideró la necesidad de modificar los arts. 94 y 100, CN, admitiendo instancias jurídicas superiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la delegación de competencia federal en árbitros internacionales o tribunales jurisdiccionales judiciales o administrativos de carácter internacional (p. 69).

De donde resulta que si bien los antecedentes mencionados influyeron notablemente en el tono general o "núcleo" de la reforma, la materia particular de los tratados internacionales anduvo por otros derroteros, notándose la influencia del derecho constitucional comparado, de raíz transnacional. De manera que una de las características salientes de la reforma constitucional de 1994 fue también la influencia del derecho continental europeo y —especialmente— de la Constitución española de 1978 y la Constitución italiana de 1947, por sobre fuente originaria principal, la Constitución de los Estados Unidos que tuvo poca o escasa influencia en el proceso reformista.

Si bien es cierto que la Constitución Nacional no siguió un modelo preciso, ni en la formulación del inc. 22 ni del inc. 24 del art. 75, bien puede notarse en los antecedentes y en los trabajos o comisiones la recurrencia a distintas fuentes provenientes, en general, del derecho europeo continental y del derecho latinoamericano, especialmente a las constituciones que habían sufrido últimas reformas como Paraguay y Colombia, teniendo siempre como referencia la Constitución española de 1978. De todos modos, nuestro texto constitucional adoptó modalidades propias que llevaron a opinar al profesor Antonio La Pérgola que el art. 75, inc. 22 constituía una norma "atípica" en el derecho constitucional comparado [354]. Otro tanto puede decirse del inc. 24 del mismo artículo que describe características propias.

[353] Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Dictamen preliminar*, Eudeba, Buenos Aires, 1986, p. 83, *in fine*.

[354] La opinión del profesor La Pérgola fue expresada durante su visita, como jurista invitado, a la Convención Nacional Constituyente de 1994, así como en la Conferencia de Cierre que pronunciara en el Seminario Internacional sobre la Reforma Constitucional Argentina, 2ª etapa, realizado en Madrid en 1996.

3. El asiento jurídico de la decisión política en materia de relaciones internacionales

Si seguimos la línea de análisis que venimos realizando en el punto anterior podemos reafirmar que los ejes principales de la reforma constitucional de 1994 se orientan a dar cabida a la problemática de los tratados en materia de derechos humanos y a los tratados de integración, pero sin modificar en modo alguno el mecanismo de firma, aprobación y ratificación de los tratados internacionales ni el reparto de competencias entre los poderes del Estado en materia de relaciones exteriores.

Sí, por vía indirecta, al afirmarse la primacía de tratados y concordatos sobre las leyes se ha seguido una línea doctrinaria que reafirma —aún más— la vigencia plena de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, con todas sus consecuencias procedimentales en materia de firma, aprobación, ratificación, canje, denuncia y reservas.

El profesor Juan Vicente Sola entiende que la atribución de competencias en materia de relaciones exteriores ha recibido un impacto reformista con la incorporación del jefe de Gabinete de Ministros (art. 100, CN), quien si bien no tiene atribución directa en materia de política exterior puede llegar a tenerla por vía de delegación de funciones. Al respecto el autor citado señala que "...al jefe de gabinete le corresponde convocar y coordinar las reuniones de gabinete de ministros, recaudar las rentas y ejecutar la ley de presupuesto. No es el jefe de gobierno de un régimen parlamentario puro, pero es mucho más que un ministro secretario en la antigua organización constitucional. Si cuenta con suficiente apoyo parlamentario podrá llegar a conducir la política exterior de la Nación" [355].

La exacta relevancia o peso específico de la figura del jefe de Gabinete de Ministros o "ministro-coordinador", está aún discutida en nuestra doctrina y varían las posiciones entre quienes le otorgan un papel relevante y quienes ni siquiera lo consideran un *primus inter pares*. En general existe coincidencia en cuanto a que su importancia puede verse acrecentada en situaciones de crisis institucional o cuando el presidente de la Nación esté debilitado de apoyo parlamentario. Se trata de hipótesis de laboratorio que en todo caso resultan muy atendibles en cuanto a las razones que inspiraron la incorporación de la figura al texto constitucional, que a nuestro juicio en nada alteran la atribución de funciones en materia de relaciones exteriores y en donde la facultad de celebrar tratados continúa siendo propia del presidente de la Nación (art. 99, inc. 11), y la delegación en el jefe de gabinete u otro ministro continúa sien-

[355] SOLA, Juan V., *El manejo de las relaciones exteriores*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, p. 57.

do una facultad propia que evaluará según las circunstancias pero que en modo alguno se modifica por decisión del Congreso [356].

Tal es así que el mismo Sola reconoce que el jefe de gabinete no tiene *visibilidad internacional* y que sus dos funciones importantes en el manejo de las relaciones exteriores son como auxiliar del presidente de la Nación y en la función gubernamental autónoma de jefe de la administración [357].

Creemos que parte de la discusión doctrinaria se basa en la diferencia existente entre el jefe de Gabinete de Ministros *que es* y el que se pretendía que fuese para mitigar el hiperpresidencialismo hegemónico, conforme a la posición sostenida por la oposición en el Pacto de Olivos y el antecedente inmediato del Consejo para la Consolidación de la Democracia, de manera que en el "Segundo Dictamen" se decía: "...Se considera que en un sistema semipresidencialista, tal como está proyectado en el dictamen complementario, corresponderá la negociación de los tratados al primer ministro, por cuanto el jefe de gobierno conduce la política general del país" (p. 66). De donde el contraste con la realidad resulta evidente y no requiere de mayores comentarios.

Finalmente merece alguna reflexión el tema de la participación de los otros poderes en la negociación y firma de los tratados, tesis que propugnan algunos autores en nuestro medio, siguiendo los modelos continentales europeos y —principalmente— el modelo de la Constitución española de 1978. Se desprende de la propia lógica que el Poder Legislativo alcanza mayor participación en la política exterior en un sistema parlamentario que en un sistema de tipo presidencialista como el nuestro y que en aquellos sistemas también cabe un rol particular al Tribunal Constitucional, ejerciendo un *control previo* de constitucionalidad de los tratados, verbigracia, en los tratados sobre integración que deleguen competencias en organismos supranacionales [358].

La reforma constitucional de 1994 no ha producido modificaciones en el tema de las competencias, toda vez que, como expresamos en los párrafos precedentes, no se cumplieron las expectativas sobre reformas de fondo que recortaran el poder presidencial, de manera tal que la conducción de las relaciones internacionales sigue siendo una facultad exclusiva del presidente

[356] Entre otras obras pueden consultarse: ROSATTI, Horacio D. y otros, *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994; GARCÍA LEMA, Alberto, *La reforma por dentro*, Planeta, Buenos Aires, 1994; PÉREZ GILHOU, Dardo y otros, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995; BARRANCOS Y VEDIA, Fernando y otros, *Comentarios a la reforma constitucional*, Asociación de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1995.

[357] SOLA, Juan V., *El manejo...*, cit., p. 57.

[358] MANGAS MARTÍN, Araceli, *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Tecnos, Madrid, 1986.

de la Nación, quien ni siquiera depende de una concurrencia o aprobación previa del Senado, como ocurre en los Estados Unidos, sino que en nuestro caso el papel del Congreso se limita a la aprobación o al rechazo de un tratado o concordato, en tanto que el control judicial de constitucionalidad es por su propia naturaleza y tradición enmarcada en el sistema de control "difuso", un control posterior.

Las críticas en parte se basan en la poca participación que tiene el poder más representativo de la voluntad popular en la elaboración de la política exterior que, en definitiva, depende de las posiciones del hombre o del partido a que pertenezca quien ocupe la titularidad del Poder Ejecutivo. En la literatura jurídica europea, por ejemplo, que pone especialmente el énfasis en el derecho comunitario y su relación con el derecho constitucional de cada uno de los países, se realizan frecuentes referencias al "déficit democrático", que supone la activa participación de los respectivos poderes ejecutivos en las negociaciones y en los organismos supranacionales y la escasa influencia de los parlamentos. Esa característica se observa también, aunque de manera aún más agravada, en los países del Mercosur [359].

A fines de 1984, con motivo de la aceptación de la propuesta papal para dar fin al litigio con Chile sobre el Canal de Beagle, y ante la oposición de la mayoría para su aprobación en el Senado de la Nación, el Poder Ejecutivo forzó la decisión legislativa recurriendo al mecanismo de una consulta popular no vinculante donde obtuvo un muy importante apoyo al presentar la cuestión ante la opinión pública como una alternativa entre paz o conflicto con el país vecino. La cuestión generó un importante debate jurídico en cuanto a la posibilidad de forzar la capacidad de decisión de los órganos representativos recurriendo a mecanismos plebiscitarios que parecían contradecir de algún modo el texto del art. 22, CN.

En este aspecto, puede afirmarse que la reforma constitucional de 1994, al incorporar el nuevo art. 40, ha legitimado esa posibilidad para situaciones similares, afirmando aún más las facultades del Poder Ejecutivo en materia de política exterior, aunque cabe señalar, como compensación o equilibrio entre los poderes, que el propio Congreso puede convocar también a una consulta popular no vinculante o —aun— a una consulta de carácter vinculante si se trata de un proyecto de ley que, en el caso de ser aprobado, no podría ser vetado.

[359] Los órganos principales del Mercosur creados en el Tratado de Asunción y ampliados en el Protocolo de Ouro Preto, se componen con los representantes de los Ministerios de Economía y de Relaciones Exteriores de los países que lo integran. La denominada Comisión Interparlamentaria Conjunta tiene escasa relevancia y no existe un organismo judicial permanente de control sino sólo un mecanismo arbitral creado por el Protocolo de Brasilia y que no se utiliza.

Queda como tema final la posibilidad del control previo de constitucionalidad de un tratado internacional, que si bien no responde a las modalidades en que se desenvuelve nuestro sistema difuso de control de constitucionalidad encontraría fundamentos importantes en el art. 27 del texto constitucional que manda a los tratados internacionales no vulnerar el derecho interno. Toda vez que asumir compromisos en el orden internacional y dejar después de cumplirlos puede acarrear consecuencias en materia de responsabilidad del Estado en el orden internacional (art. 27, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), aparece, *prima facie*, como una propuesta muy razonable que tanto el control político a cargo del Congreso como el control jurídico que debería realizar la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117, CN) se ejerzan *a priori*.

4. Diferentes tratados contemplados en la Constitución Nacional [360]

Para referirnos a la incidencia que la reforma constitucional del año 1994 tuvo sobre el texto de 1853/1860 en materia de tratados y demás convenciones internacionales, hay que hacer previamente una brevísima mención de los puntos que tocaba antes la Constitución para ver cuáles han sido realmente alterados. La Constitución histórica se refería a los tratados en varias oportunidades. No enumeraremos todas, pero las que interesan son las siguientes:

— El art. 31, al incluir los tratados dentro del derecho federal, se refiere a la supremacía de éste respecto del derecho local.

— El art. 27, al establecer la relación entre la primacía de la Constitución Nacional y los tratados prescribiendo que éstos deben guardar conformidad con el derecho público de la norma fundamental.

— En materia de provincias, estaban previstos los tratados interprovinciales, pero no se las habilitaba para la celebración de tratados externos.

Por supuesto, la Constitución mencionaba los concordatos, en plural. Mencionaba también, en el art. 27, un aspecto programático del manejo clásico del siglo XIX de las relaciones exteriores, época en la que no era posible contemplar algunos de los problemas específicos de la actualidad. Es decir, hay una serie de problemas que no estaban ni podían estar presentes a mediados del siglo XIX.

[360] Este apartado corresponde a las correcciones y adaptaciones realizadas a la segunda parte del trabajo del Dr. VANOSSI, Jorge, "La protección de los derechos humanos en la Argentina", separata del libro *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.

El art. 31, en nuestra opinión, no ha sufrido ninguna modificación. Contrariamente a lo que se suele decir en una interpretación simplificada, no se refiere al rango de los tratados respecto de las demás normas de derecho federal, sino a la ubicación de los tratados dentro del derecho federal como norma que tiene primacía sobre las constituciones y demás normas del derecho local. Y eso no se ha modificado.

El art. 27, en cambio, sí puede ser reinterpretado. Si bien el texto, desde el punto de vista formal, no quedó incluido dentro de las modificaciones habilitadas por la ley que declaró la necesidad de la reforma —por estar en la parte dogmática de la Constitución, expresamente excluida por ley—, los incs. 22 y 24 del nuevo art. 75 tienen, por supuesto, una incidencia directa e inmediata en su contenido.

Finalmente, respecto de la situación de las provincias, el art. 124 introduce también una modificación importante desde el momento en que ellas pueden celebrar cierto tipo de tratados externos.

Éste es, a grandes rasgos, el conjunto de cambios que aparecen entre el texto histórico de 1853/1860, y el de 1994. Pero lo más importante del nuevo texto legal está en los incs. 22 y 24 del nuevo art. 75, referido a las facultades del Congreso, que son las normas a través de las cuales ha penetrado este conjunto de cambios.

Nótese que entre los incs. 22 y 24 del art. 75 de la Constitución, está el inc. 23, que se refiere a la igualdad real de oportunidades, a la protección del niño, y también a las normas vinculadas con mujeres, ancianos y discapacitados. La técnica de los constituyentes no tuvo el buen cuidado de colocar los contenidos vinculados con los tratados (incs. 22 y 24) en forma conjunta o en dos incisos consecutivos, introdujo, en vez, en el medio otro inciso que no tiene en realidad, relación directa e inmediata con este tema.

Del análisis de estos dos incisos mencionados resulta que pueden celebrarse cinco tipos de tratados.

— Un primer grupo sería el de los tratados clásicos, que pueden ser bilaterales o multilaterales; se trata de tratados ya previstos en el viejo texto constitucional y que, por supuesto, seguirán celebrándose sobre distintas materias.

— Un segundo grupo es el de los tratados y demás normas vinculadas con derechos humanos que aparecen "con nombre y apellido" en el inc. 22 del art. 75, y que, según el constituyente, formarían o constituirían en su conjunto un sistema.

Si son ocho, nueve o diez, depende del criterio con el que se haga el cómputo. Por ejemplo, si se cuenta algún protocolo mencionado en esos tratados, el número aumentaría. Por otro lado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos no es ni un tratado, ni una convención, ni un pacto, es simplemente una Declaración aprobada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que tiene un rango jurídico que la doctrina ha ana-

lizado profundamente, pero que desde el punto de vista de su naturaleza o la forma de su celebración, no puede ser confundida con tratados, pactos o convenciones.

Este conjunto de tratados "con nombre y apellido" está mencionado expresamente en la Constitución, la que prescribe "*...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...*" (art. 75, inc. 22).

— Un tercer grupo son los otros tratados de derechos humanos, que la Constitución llama "los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos", señalando también el valor que han de tener y la forma en que habrán de ser aprobados, y la mayoría requerida para que adquieran jerarquía constitucional.

— Un cuarto grupo de tratados son los de integración con los países latinoamericanos, que tienen una forma de sanción y una determinada consecuencia.

— El quinto y último grupo serían los tratados de integración con Estados no latinoamericanos; parece ser una cláusula destinada, eventualmente dar cabida al Nafta, a la Comunidad Europea o a otras posibles hipótesis que se pudieran aventurar en el futuro.

El tema clave, entonces, es la asignación de jerarquía a los distintos tratados en la pirámide jurídica.

4.1. Simples tratados

Para los tratados comunes se ha previsto un rango tal que cubre la laguna que existía en la Constitución de 1853. El texto histórico contemplaba la relación de los tratados con la Constitución, pero no la de aquéllos con las leyes ordinarias.

La Corte Suprema de Justicia, durante más de un siglo, la interpretó en el sentido de la paridad de rango y, por lo tanto, como tratado y ley estaban en una misma jerarquía, la norma posterior podía modificar a la anterior. Esto no era grave si el tratado modificaba a la ley anterior. Pero sí traía consecuencias si la ley posterior era la que modificaba a un tratado anterior. De esta manera se producía una situación dual: para el juez interno había que aplicar el principio *lex posteriori derogat a priori*, sin embargo, desde el punto de vista externo, subsistía o aparecía la responsabilidad del Estado argentino, por incumplimiento de un tratado no denunciado, y que supuestamente seguía vigente desde el plano internacional.

La jurisprudencia más reciente de la Corte dejó de lado esta postura dualista, y adoptó la tesis dominante en el derecho constitucional moderno, esto es, asignar a los tratados una prevalencia sobre las leyes internas ordinarias de un país. En este sentido se expresa la Corte en los fallos "Fibraca" y "Ekmekdjian v. Sofovich". Previamente encontramos antecedentes en algunas viejas disidencias del máximo tribunal argentino (del Dr. Tomás Casares, antes de 1955, o de Boffi Boggero en su momento). La reforma de 1994 recoge esta jurisprudencia en el art. 75, inc. 22.

4.2. Tratados sobre derechos humanos específicamente enunciados en la Constitución

Respecto de los tratados enunciados "con nombre y apellido", aparece una gran innovación: se les reconoce jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia. Esto quiere decir, lisa y llanamente, que tienen el mismo rango que las demás cláusulas de la Constitución.

Sin embargo, lo que no queda totalmente claro es qué significa "en las condiciones de su vigencia" y, en consecuencia, cuál es el alcance que puede darle la justicia al interpretarlos. Para una primera interpretación posible parecería querer decir que se trata de la forma en que estos tratados rigen, es decir, si al ratificar alguno de esos tratados o convenciones la Argentina formuló reservas (el Pacto de San José de Costa Rica, por ejemplo, tiene dos reservas y una mal llamada "cláusula de entendimiento"), éstas quedarían en pie. Para otra posible interpretación, las reservas han "caído" en el momento de la inserción constitucional de estos tratados.

Este grupo de tratados tiene dificultada su denuncia para el caso de que el país quisiera apartarse de su régimen. En este sentido, la Constitución prescribe que 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. Se introduce, entonces, una modificación muy importante. Expresamente se estipula el mecanismo de la denuncia de los tratados.

Hasta entonces, el Ejecutivo acudía al Congreso sólo al momento de la aprobación. La reforma de 1994, en este aspecto, logra dos cuestiones importantes. En primer lugar, institucionaliza el papel del Congreso con una suerte de paralelismo de las competencias, es decir, si el Congreso debe intervenir en la aprobación, también debe hacerlo en la denuncia. En segundo lugar, exige una mayoría agravada para el conjunto de estos tratados y convenios.

No queda claro por qué son ésos, y sólo ésos, los tratados enumerados por el inc. 22. Intentaremos mencionar aquellos instrumentos cuya importancia nos parece similar a los sí mencionados en dicho inciso.

Así, en materia de discriminación, por ejemplo, la Constitución menciona expresamente la Convención Internacional sobre la Eliminación de

todas las Formas de Discriminación Racial, y no incorpora otras cuatro convenciones de similar valor.

En materia de derechos de la mujer, se incorpora sólo una de las tantas convenciones de importancia equivalente.

En cuanto a combatientes, prisioneros y civiles —lo que hoy en día se considera que forma parte del derecho humanitario—, solamente se menciona una de las siete convenciones trascendentes.

En lo referido a la esclavitud y tráfico de personas, no se incorporan tres convenciones muy importantes.

En materia de extranjeros y refugiados, hay tres convenciones y protocolos de enorme importancia que no se mencionan.

Por supuesto, en materia laboral, existen diversos instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo que no aparecen mencionados.

Y, por último, en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos de alcance regional, sólo se ha incorporado la más famosa, el Pacto de San José de Costa Rica, pero no son menos importantes, al menos, otras cinco, vinculadas con la tortura, la condición de los extranjeros, la nacionalidad de la mujer, la concesión de derechos políticos a la mujer, y la concesión de derechos civiles a la mujer. Cabe aclarar que siempre nos estamos refiriendo a convenciones a las que la Argentina ha adherido y ratificado y que han mantenido la jerarquía legal, no adquiriendo el rango constitucional.

Sin perjuicio de esto, habría que agregar también algunos documentos internacionales muy importantes, respecto de los cuales la Argentina aún no ha completado el proceso de su ratificación no habiendo explicación del silencio de la Cancillería en esta materia. Nos referimos fundamentalmente a cuatro convenciones internacionales cuya importancia es más que suficiente para acceder a un rango privilegiado.

Lo único que se ha dicho es que los instrumentos incorporados al art. 75, inc. 22, conforman un sistema. Y no encontramos a mano una explicación de por qué esas normas internacionales forman un sistema, y a todas las demás que tienen importancia equivalente o similar se las considera ajenas al mismo. Tal vez formarán parte de otro que el constituyente a optado por excluir. En definitiva, este tema será materia del largo debate que se avecina.

4.3. Otros tratados sobre derechos humanos

Respecto de los demás tratados y convenciones de derechos humanos, la Constitución establece que 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 jerarquía constitucional. Es decir, está abierta la posibilidad de que también adquiera jerarquía constitucional un número indeterminado de tratados, pactos y convenios sobre derechos humanos, siempre y cuando se

cumpla ese recaudo. Entonces, nuestra crítica anterior está referida a la "actitud inicial" de la tarea constituyente, aunque reconocemos que se ha dejado abierta la puerta para que en el futuro se siga un camino equivalente.

4.4. Tratados de integración

En cuanto a los tratados de integración, se entiende que el constituyente ha adoptado la decisión política fundamental de apoyar los procesos de integración, caso contrario no hubiera incluido el inc. 24 del art. 75, con los pormenores con que lo ha hecho. En general, las constituciones latinoamericanas reformadas en los últimos veinticinco años han establecido una separación. Por un lado, han contemplado un artículo o cláusula donde queda claramente expuesta la decisión política fundamental a favor del proceso de integración y de la inserción de la respectiva Nación en ese proceso, y, por otro, un mecanismo de habilitación de competencias para la delegación en organismos supranacionales.

En nuestro caso concreto el constituyente se refiere, en el mismo inciso, por un lado, a las condiciones en que se va a aceptar la delegación de competencias y jurisdicción ("en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos") estableciendo a continuación, con carácter genérico, que las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

De esta manera, se resuelve el problema que fatalmente se va a producir el día en que los organismos supranacionales o comunitarios —vamos a utilizar las dos expresiones indistintamente, aunque hay toda una disputa por la preferencia de una u otra— comiencen a emitir normas que deban ser aplicadas directamente en nuestro país porque no esté previsto un derecho de veto al respecto y porque tengan además carácter *self-executing*, es decir, que sean autoaplicativas y no dependan de normas a dictar por otros organismos del Estado.

En este caso, un particular afectado podría cuestionar estas normas reclamando la supremacía del derecho interno respecto de este derecho secundario o derivado de carácter supranacional (porque no se trata del tratado marco sino de creaciones en consecuencia de él). Entonces, la solución a la cual llega el constituyente es la lógica en un sistema comunitario. Porque si se diera jerarquía superior a las leyes respecto de esas normas, el proceso de integración —cualquiera que sea éste— carecería de seguridad jurídica y sobre todo de firmeza, podría estar permanentemente pendiente de normas internas que entraran en colisión con las supranacionales, o de impugnaciones que pretendieran que, por esa vía jurisdiccional, se le asignara primacía al derecho local.

Queremos señalar que un tipo de integración como la contemplada en el nuevo artículo de la Constitución, requiere un organismo jurisdiccional

supranacional, y nosotros entendemos que esto está contemplado en el inc. 24 del art. 75 porque, al delegar la competencia y jurisdicción a organizaciones superestatales, obviamente también está aceptando una jurisdicción judicial, no la excluye. De modo que es dable pensar que a la brevedad, si el Mercosur avanza u otras formas de integración progresan, se contemple el funcionamiento de una Corte Supranacional cuyas decisiones van a ser válidas *erga omnes*, y directamente operativas para todos los países incorporados a esa zona comunitaria.

El párr. 2° del inc. 24 del art. 75 de la Constitución establece una distinción en materia de aprobación de los tratados de integración, diferenciando los celebrados entre países de América latina y los formados con otros Estados. Así, la norma dice: *"la aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara"*, y luego agrega: *"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 mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo"*.

Entonces, para los tratados de integración con Estados no latinoamericanos, se establece un mecanismo dividido en dos pasos, temporalmente separados por un plazo determinado y dos votaciones distintas, es decir, se ha prescripto un recaudo agravado, más complicado para los casos de integración con otros países.

En cuanto a la denuncia de los tratados de integración en general, se prevé un mecanismo especial. La norma prescribe: *"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 Cántara"* (art. 75, inc. 24, párr. 3°, CN). Por lo tanto, será más difícil denunciar un tratado sobre derechos humanos que un tratado de integración.

4.5. Tratados celebrados por las provincias

El art. 124 después de contemplar la posibilidad de que las provincias formen regiones entre sí, las faculta también para 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 el requisito del conocimiento del Congreso —nótese que no se exige su aprobación—.

Esta norma se aparta algo de la estructura del Estado federal y nos aproxima a la idea de confederaciones. Vale aclarar que en 1853 se interpretó que la delegación del manejo de las relaciones exteriores en el gobierno federal

debía ser total, y por ello la facultad de celebrar tratados debía ser exclusiva y excluyente del poder federal. Sin embargo, el artículo citado no se refiere a tratados, sino a convenios internacionales, y, en rigor de verdad, hay que reconocer que ya se celebraban, aun antes de 1994, por ejemplo, convenios financieros entre alguna provincia y un Estado extranjero o un organismo regional.

Cualquiera fuese la lectura que se haga del art. 124, el hecho es que en la práctica no excluye de responsabilidad internacional al Estado federal. Porque, como resulta de la Convención de Viena en materia de tratados —que se suele llamar "el tratado de los tratados"— los Estados no pueden ampararse o precaverse para el cumplimiento de compromisos internacionales en el incumplimiento formal de normas del derecho público interno.

Entonces creemos que el art. 124 —si se nos permite una opinión— era innecesario, porque en vez de poner coto a una práctica que ya había merecido críticas por las dificultades que traía, ha abierto un espectro de posibilidades donde no hay una contención debida. Ya que los únicos límites que pone es *"en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas del Gobierno federal, o el crédito público de la Nación"*, y es muy probable que la Nación considere que son incompatibles y afectan esas facultades o al crédito nacional, y la provincia lo niegue.

4.6. Acuerdos ejecutivos

El constituyente ha guardado silencio respecto —nada más y nada menos— de las normas internacionales que más abundan hoy en el derecho moderno, y que no son ni tratados, ni convenios, ni pactos. Son aquellas normas que, al margen de la intervención parlamentaria, se utilizan para celebrar compromisos que suelen ser formalizados entre los poderes ejecutivos de los Estados que se comprometen entre sí. Se llaman "acuerdos en forma simplificada", en tanto que los anglosajones van directamente al grano, y los llaman *executive agreements* (acuerdos ejecutivos), porque se celebran de Ejecutivo a Ejecutivo.

La práctica demuestra que este tipo de actos internacionales se ha simplificado más, y ya esta clase de acuerdos es tan simplificada que se celebran de Cancillería a Cancillería, a través de una modalidad llamada "notas reversales". Esta deformación patológica en el manejo de las relaciones exteriores no es un invento criollo, ni es muy reciente. Viene de larga data, por lo menos desde los últimos sesenta años, e incluso grandes acontecimientos internacionales han tenido lugar mediante esta forma, y no de los tratados clásicos que requieren la aprobación parlamentaria.

Por ejemplo, cuando Hitler y Mussolini claudicaron frente a Francia e Inglaterra en Munich, permitiendo la mutilación y el consiguiente reparto de Checoslovaquia, lo hicieron sin que interviniera el parlamento francés, o el inglés, ni siquiera el de Checoslovaquia, país que resultaba mutilado, sino simplemente mediante acuerdos ejecutivos. Muchos de los compromisos resultantes de la Segunda Guerra Mundial también fueron acuerdos en forma simplificada. Las guerras de Corea y de Vietnam empezaron y terminaron con este tipo de normas.

Lo que queremos señalar es la omisión del constituyente de regular internamente —de acuerdo con el derecho público interno— el trámite de intervención de los poderes. Creemos que se perdió la gran oportunidad de dar participación al Congreso, aunque sea a través del silencio, es decir, estableciendo una obligación de remisión al Congreso y que dentro de un determinado plazo éste aprobara o desaprobara. Esto es lo que se conoce en derecho internacional como el "escamoteo de la política parlamentaria".

En tiempos más actuales, la Argentina, recientemente, ha asumido compromisos muy importantes con simples notas reversales, por ejemplo, en materia impositiva se gravan o desgravan situaciones y derechos sin darle intervención al Congreso de la Nación. Estas situaciones acarrearán tarde o temprano impugnaciones judiciales, sin que exista en la Constitución una norma clara que resuelva el problema.

CAPÍTULO X

SUPREMACÍA Y PODER CONSTITUYENTE

1. El principio de razonabilidad

El art. 28 de la Constitución Nacional es de una gran importancia dentro de nuestro sistema, complementa al art. 14 en su primera parte cuando enuncia que los habitantes de la Nación tienen los siguientes derechos, *conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*. Esa facultad reglamentaria encuentra su límite en el art. 28 cuando afirma que el límite de tal potestad legislativa es el contenido o sustancia de los derechos definidos y declarados en el texto de la Constitución.

En un primer sentido, así como el art. 27 establece un límite constitucional a la aprobación de tratados internacionales, el art. 28 establece el límite constitucional a la actividad del Poder Legislativo. En ambos casos se trata de consecuencias directas de la aplicación del principio de supremacía contenido en el art. 31 de nuestra norma fundamental. La Constitución es la norma fundamental o superior de nuestro ordenamiento, la que da sentido y legitimidad a las demás y, por lo tanto, no puede ser controvertida porque ello acarrea la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad por parte del Poder Judicial.

De este artículo deriva también una construcción jurisprudencial o "pretoriana" conocida como principio de razonabilidad y que fuera expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Cine Callao" del año 1960. En tal sentido, la reglamentación de las leyes debe ser "razonable", es decir que debe guardar una adecuada proporción de los hechos a las normas y entre éstas y la Constitución. Bidart Campos dice que la regla de la "razonabilidad" podría definirse como el concepto jurídico de justicia, de manera que la última parte del art. 19 debería ser leída como que ningún habitante de la Nación podrá ser obligado a hacer lo que no manda la ley *justa* ni privado de lo que la ley *justa* no prohíbe [361].

Para Juan Francisco Linares, el principio de razonabilidad equivale al *debido proceso sustantivo* que deben observar los jueces al aplicar el dere-

[361] BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, cit., t. I.

cho de fondo, de la misma manera que el debido proceso adjetivo se observa para garantizar los procedimientos en orden a lo establecido en el art. 18 de la Constitución. Ese debido proceso sustantivo supone una aplicación lógica de la subsunción que rige en el ámbito de lo jurídico, es decir en la adecuación de la premisa menor a una premisa mayor y así, sucesivamente, hasta llegar a la Constitución que se ubica en el vértice o cúspide de la pirámide jurídica [362].

El mencionado autor la elevó a la categoría de "garantía innominada", no escrita pero resultante de la Constitución como sistema ordenado de normas. Su tesis se funda en buena medida en la observación de la fuerza vinculante de los precedentes en el derecho anglosajón o *common law* y en una adecuación o reelaboración del principio de *equity* que permite a los jueces ingleses y norteamericanos adecuar la aplicación de las normas en función del caso concreto, buscando obtener el resultado más justo.

La regla de la razonabilidad ha devenido a convertirse en uno de los principios o pautas de interpretación más importantes y aplicables en la interpretación de la Constitución por parte de los jueces y tribunales. Sus referencias son muy frecuentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a tal punto que toda norma de rango infraconstitucional, se trate de una ley o de un decreto del Poder Ejecutivo, ya sea de alcance general o individual, será tachada de "arbitraria" si vulnera el principio de razonabilidad.

Pero no solamente los actos de los denominados poderes políticos, esto es del Ejecutivo o del Legislativo pueden ser impugnados como arbitrarios por irrazonables, sino que también las sentencias de los tribunales inferiores pueden ser revisadas por vía del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, si incurren en algunos de los estándares o categorías que las califican como *arbitrarias*. En el derecho constitucional argentino, lo irrazonable equivale a arbitrario y lo arbitrario es inconstitucional.

La *arbitrariedad o irrazonabilidad* como causal habilitante del recurso extraordinario federal abrió notablemente la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de recurso extraordinario de inconstitucionalidad, de manera que las causales del art. 14, ley 48, limitadas a las llamadas "cuestiones federales" simples o complejas, se ampliaron con holgura al punto que más del 80% de los recurso en los que interviene la Corte lo son por la causal de "arbitrariedad" entendida en sentido lato.

[362] LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso sustantivo como garantía innominada en la Constitución Nacional*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989.

2. El principio constitucional de claridad

Por nuestra parte, sostenemos la existencia de un principio constitucional cardinal: la claridad en la interpretación. Si bien no es un principio mencionado con frecuencia, el mismo está incluido en el de razonabilidad al que profundiza y precisa a partir de los mismos argumentos y fundamentos que le dieran cabida en nuestra doctrina. Así, enseña Linares que la regla de la razonabilidad es una derivación de la *equity*, que en el *common law* o derecho anglosajón gobierna la justicia del caso particular, determinando una adecuada relación entre medios y fines. Es decir, entre los hechos y las normas y entre estas últimas y la Constitución [363].

Por su parte, Bidart Campos ha definido el principio de razonabilidad como *"el concepto jurídico de justicia"*, realizando una relectura de la última parte del art. 19, CN de la siguiente manera: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley *(justa)* ni será privado de lo que ella *(la ley justa)* no prohíbe" [364]. De ese modo, para nuestro máximo constitucionalista, lo justo se identifica con lo "razonable", por opuesto a lo arbitrario, siendo que lo irrazonable al ser arbitrario, vulneraría la Constitución.

Ahora bien, esa pretendida asimilación entre justicia y razonabilidad merece la objeción de que en modo alguno podría considerarse una identificación absoluta sino una aproximación teleológica, un vínculo entre el complejo universo lógico formal de interpretación normativa con el plano superior de los valores. Esa construcción teórica guarda coherencia con el "trialismo jurídico" al que Bidart Campos adscribe y donde la remisión al plano dikelógico u axiología se encuentra, en definitiva, en un fundamento de tipo iusnaturalista. También Linares sostiene que es en el derecho natural de raíz racionalista donde subyace el principio de su argumentación, citando a autores como Puffendorf, Grocio, Batel, Locke, Rousseau y Kant. El derecho natural, así entendido, es un intento de comprender mediante una serie de axiomas, principios y reglas, el necesario factor de valoración jurídica que hay en todo derecho positivo y en todo acto de su creación. Sólo que en vez de considerar ese factor como inmanente al derecho mismo, el iusnaturalismo lo considera fuera y sobre él. El iusnaturalismo es la primera forma que se presenta en la historia de hacerse cargo de que el derecho es justo o injusto, nunca neutro al valor jurídico [365].

Al presentar su principio como un "debido proceso sustantivo", de estructura lógico formal, Linares descubre su pretensión de racionalizar un

[363] LINARES, Juan F., *Razonabilidad...*, cit.

[364] BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, cit.

[365] LINARES, Juan F., *Razonabilidad...*, cit., p. 52.

concepto, *prima facie*, indeterminado como lo es la razonabilidad, para lo cual se remonta a su historia en las colonias inglesas del Atlántico Norte, donde el *common law* y la *ley de la tierra* de la Carta Magna encuentran campo fértil para un florecimiento en todos sus aspectos, aunque es sólo en las últimas décadas de la dominación inglesa cuando verdaderamente se acentúa, en las ideas de legos y técnicos del derecho, el convencimiento de que las leyes de fondo al ser aplicadas deben serlo con justicia, y que virtualmente una sentencia gravemente injusta agravia tanto como un proceso irregular. Con todo, al incorporarse a las cartas coloniales sin mayores debates la garantía del debido proceso, lo hace en el sentido de una garantía procesal y es solamente en el moderno derecho constitucional de los Estados Unidos donde cobra nueva relevancia [366].

Al finalizar el siglo XIX, el concepto de debido proceso comenzó a ganar en profundidad y extensión, pasando a elevarse desde una mera garantía procesal a la categoría de un contenido estimativo y de recurso técnico axiológico, susceptible de limitar también al órgano legislativo. Es en ese momento cuando puede comenzar a hablarse del debido proceso como garantía genérica de la libertad, o sea como garantía sustantiva y patrón de justicia en los términos en que así lo contiene la XIV enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que ha venido en llamarse la "llave maestra de las garantías constitucionales", siendo la cláusula constitucional de mayor aplicación por parte de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

La elaboración de la razonabilidad, como un proceso inductivo de estructura lógico-formal, ha permitido su aplicación fundada en muchos casos de interpretación constitucional, contribuyendo a una muy amplia y elaborada doctrina acerca de la arbitrariedad de leyes, decretos y —aun— de las sentencias judiciales, a partir de la extensión que realizó Genaro R. Carrió de la tesis de Linares.

No debe soslayarse la importancia que ha tenido la regla de la razonabilidad en la interpretación constitucional argentina, contribuyendo hacia la llamada "interpretación dinámica" de la Constitución sobre la base de la adscripción a los valores que surgen del texto constitucional, y a la afirmación del "debido proceso" por encima de la exégesis o del texto neutro de las normas.

En la forma en que ha sido entendido en la Argentina, el principio de razonabilidad no es un atajo abierto hacia la denominada "teoría de los valores" sino una pauta de interpretación que considera razonable a aquello que deriva de una aplicación razonada del texto de la Constitución con las normas que gobiernan los hechos del caso, sometido a decisión de los jueces y tribunales.

366 LINARES, Juan F., *Razonabilidad...*, cit., p. 17.

En ese sentido, el fundamento racionalista y su aplicación lógico-formal no derivan solamente del iusnaturalismo subyacente sino de la filosofía racionalista y del iluminismo que también está en el sustrato de nuestro modelo constitucional de raíz decimonónica, hecho en la corriente de las grandes revoluciones y de las constituciones liberales que consagraron los principios de supremacía (art. 31, CN) y de legalidad (art. 19, CN), que tienen lógico albergue y cabida dentro de la tipología *racional normativa* a que nuestra Constitución Nacional pertenece.

Un numeroso conjunto de principios generales de derecho se inscriben así dentro del racionalismo liberal, entre los que a mero título de ejemplo cabe enunciar la presunción de que el legislador siempre es racional y la regla que señala que, ante el silencio u oscuridad de las leyes, deberá desentrañarse cuál fue la intención que persiguió el legislador, acudiendo a los fundamentos, mensajes o exposiciones de motivos de las normas; así también y en el mismo sentido cabe remontarse al propio fundamento de las leyes como expresión de la voluntad general, entendiendo que las mismas deben ser generales y abstractas, destinadas a toda la población, y que su validez y legitimidad se presumen; corolario de tal concepción, también liberal, es que el lenguaje de las leyes debe ser claro, para entendimiento de todo el pueblo y no sólo de las minorías ilustradas.

Por eso fue que el Código Napoleón estableció entre sus principios el que nadie puede ampararse en el desconocimiento de las leyes porque, en definitiva, las leyes están para ser cumplidas. Si a partir de las constituciones, la democracia vino a suplantar la tiranía de la ley por oposición a la tiranía de los hombres, resulta ser una lógica derivación el que las leyes deben ser también razonables.

En este contexto, nuestro planteo a favor de la existencia de un principio constitucional de claridad puede merecer el reparo de resultar en buena medida obvio, pero en todo caso respondemos a tal objeción afirmando que estaríamos —cuanto menos— ante una obviedad de igual dimensión que el ya referido principio de razonabilidad.

Pero si fue la necesidad en la búsqueda de criterios hacia el desarrollo —en su tiempo— de una jurisprudencia dinámica, la que afirmó en la doctrina el principio de razonabilidad como garantía innominada en la Constitución, no son menores las razones de oportunidad que justificarían la afirmación del principio que se propone, en la misma línea argumentativa que en su tiempo justificó la razonabilidad.

Tenemos una reconocida confusión normativa que requiere imperiosamente poner claridad en el derecho para que las normas puedan —efectivamente— ser conocidas por todos. El proyecto de elaboración del Digesto Jurídico Argentino, a cuyo efecto se ha designado una Comisión de Juristas en el ámbito del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, encuentra obstáculos de medios materiales necesarios para su avance.

Difícilmente alguien pueda no coincidir en la necesidad de echar luz sobre el verdadero fárrago de normas legales y administrativas superpuestas y donde se han seguido adoptando criterios de muy dudosa validez técnica como la práctica de las derogaciones genéricas de normas, que aumentan la confusión de los ciudadanos y dificulta el cabal conocimiento del derecho vigente.

Esa confusión normativa alienta, a su vez, los abusos en la práctica jurídica que se trasladan no pocas veces a interpretaciones o invocaciones de mala fe que tienden a sacar ventajas desde la confusión. En tal sentido, hemos clasificado como una categoría de "abusos terminológicos" a algunas prácticas de abuso de derecho público.

Los abusos terminológicos son frecuentes en materia de interpretación de normas constitucionales, especialmente cuando se presentan ambigüedades semánticas o sintácticas, o también cuando se trata de integración de las denominadas lagunas, y tal integración se realiza mediante concepciones valorativas o axiológicas. De ese modo, no pocas veces, la interpretación constitucional se ha apartado del recto sentido de las normas y de la intención del legislador, haciéndole decir a la Constitución cosas que ésta de ningún modo dice o quiso decir, llegando incluso, en algunos casos, a apartarse totalmente no solamente del uso corriente y del significado de las palabras, sino también del sentido común que, a decir de Winston Churchill, representa el menos común de los sentidos.

William Godwin señala que la ley servía originariamente para que el hombre medio pudiera saber lo que debía hacer y hoy en día no hay en Inglaterra un abogado lo suficientemente presuntuoso como para creer que domina el código. Se trata de una frase pronunciada hace décadas pero que mantiene plena actualidad en nuestros días.

Un ejemplo de esto es la interpretación que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del *leading case* "Fernández Arias v. Poggio", dio al art. 102 de la Constitución argentina, en cuanto a la prohibición al presidente de la Nación de arrogarse el conocimiento de causas judiciales, sosteniendo que tal prohibición no alcanzaba a las causas *jurisdiccionales* y que por ende eran legítimos los llamados tribunales administrativos, siempre que existiera una amplia revisión posterior. Este ejemplo y otros, entre los que se encuentran las interpretaciones extensivas, se apartan de la concepción racional-normativa de la Constitución y, en definitiva, constituyen abusos que alteran su sentido. La Constitución es una norma que tiene por objeto limitar el poder, por lo que las extensiones interpretativas son siempre peligrosas.

En mi opinión es menester desarrollar y afirmar el principio constitucional de claridad, que siguiendo la concepción dada por Linares al principio de razonabilidad, ponga atención en los fundamentación racional del

texto, conforme no sólo a la norma y a los hechos sino también al recto sentido que cabe darle a las palabras. El carácter científico del derecho será puesto siempre en duda si se sigue pensando que hay media biblioteca para fundar una posición y media biblioteca para sostener lo contrario. De modo que nada hay más opuesto al concepto constitucional de claridad que la tesis ecléctica, es decir aquella que sin mayor rigor de fundamentación busca el punto medio tratando de conciliar una posición con otra.

Entre nuestros autores del derecho constitucional, Bidart Campos ha criticado la jurisprudencia contradictoria que da soluciones diversas para casos iguales o semejantes, y se ha pronunciado a favor de la jurisprudencia plenaria y de los tribunales de casación, saliendo al cruce de quienes entienden que la obligatoriedad de la jurisprudencia desnaturaliza su concepto frente a la ley. Ha dicho en tal sentido que aun cuando puedan aparecer similitudes en los efectos, persisten las nítidas diferencias en cuanto a la sustancia.

Sostengo, en definitiva, que en materia de interpretación constitucional, deben afrontarse los riesgos de una fundamentación más rigurosa y apegada a los textos no sólo a través del principio de unidad y no contradicción, sino también del principio de claridad que debe proseguir y completar la regla de la razonabilidad.

A la hora de las críticas a los abusos, es menester señalar que no pocos provienen de la llamada *interpretación dinámica*, a partir del caso "Avico v. De la Pesa", por oposición a la llamada interpretación estática y que en realidad ha propugnado el apartamiento estricto del texto cuando las circunstancias de la realidad fáctica circundante han variado notoriamente, a la manera en que las posiciones denominadas *contextualistas* se oponen en los Estados Unidos a las llamadas corrientes *originalistas* que defienden la interpretación del texto conforme la entendían los llamados padres fundadores.

Pero una cosa es la interpretación basada en los valores sustanciales o inmanentes del sistema democrático, como defiende Ronald Dworkin [367] y otra muy distinta es que la llamada "interpretación dinámica" sea una suerte de agujero negro que dé cabida, por vía interpretativa, a doctrinas que no tienen anclaje alguno en la Constitución. La doctrina de la emergencia es un claro abuso en ese sentido, pero ese tema constituye otro tipo específico de abuso [368].

[367] DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.

[368] DALLA VIA, Alberto R., "Los abusos en el derecho público", en *Estudios sobre Constitución y economía*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 61.

3. La suma del poder público

El art. 29 enfatiza la complejidad de factores que conforman la Constitución de un país, donde a los principios de orden jurídico, ya se trate de normas de atribución o de competencia, hay que agregar principios rectores del orden político y normas de organización económica, como también los factores propios de la cultura, la tradición jurídica y hasta de la historia de los pueblos.

La doctrina alemana ha destacado la importancia de la cultura como factor de *integración* constitucional. Rudolf Smend en su tiempo y más recientemente Peter Haberle, han destacado esos aspectos [369]. En España, por su parte, Luis López Guerra señala que en el derecho constitucional existen conceptos compartidos por los países de occidente que forman parte de tradiciones históricas y jurídicas, como Estado de Derecho, democracia, etc. [370]. De ese modo, bien puede decirse que nuestro concepto de Estado constitucional de Derecho se ha conformado desde el nacimiento de nuestra historia constitucional con el rechazo a toda forma de despotismo que señala el art. 29, como recordatorio histórico a la tiranía de Juan Manuel de Rosas, cuya derrota en la batalla de Caseros por parte de Justo José de Urquiza diera comienzo a la organización nacional y a la sanción de la Constitución.

Cabe recordar que al asumir el brigadier general Juan Manuel de Rosas su segunda gobernación de Buenos Aires, después del interregno de Juan José Viamonte, puso como condición a la Legislatura de Buenos Aires la concesión de "facultades extraordinarias", que le fueron concedidas. Se encontraba vigente el Pacto Federal de 1831 que establecía el modelo de Estado confederal, pero las provincias dieron a Rosas el título de "encargado de las relaciones exteriores de la Confederación". El poder de Rosas fue muy grande y estuvo acompañado de su personalidad de caudillo y patrón de estancia.

Su gobierno se caracterizó por una férrea defensa del interés nacional, de las tradiciones y de la religión católica, pero también por la persecución despiadada de los enemigos políticos por parte de sus seguidores, destacándose una fuerza especial de gauchos llamada la "Mazorca" por el degollamiento de los "salvajes unitarios". Muchos hombres ilustrados debieron optar por el exilio, como fue el caso de Alberdi y Sarmiento, entre otros, quienes una vez vencido el caudillo impulsaron la sanción de una norma que cerrara la puerta a repetir una experiencia histórica de amargos recuerdos.

[369] HABERLE, Peter, *El Estado constitucional*, con estudio introductorio de Diego Valadés y trad. de Héctor Fix Fierro, Unam, 2001.

[370] LÓPEZ GUERRA, Luis, *Introducción al derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 1994.

El artículo tipifica los delitos constitucionales de otorgamiento de facultades extraordinarias y de traición a la patria, los que se suman al delito de sedición previsto en el art. 22 y cuya reglamentación legal es materia del Código Penal. Más allá de su valor histórico la norma no ha tenido eficacia práctica, porque, al igual que el art. 22, no ha podido aplicarse a los atentados contra el orden constitucional ni contra la concesión de facultades especiales a los dictadores, aun cuando en tales casos no ha sido en general el Congreso quien las concediera.

En tal sentido, el nuevo art. 36 de la Constitución, introducido en la reforma de 1994, ha completado el círculo preventivo al condenar los atentados contra el orden constitucional, aunque bueno es recordar que las previsiones de esas características no se fundan en la obligatoriedad positiva de las mismas sino en fundamentaciones de tipo iusnaturalista que se remontan al llamado derecho de rebelión o derecho de resistencia a la opresión.

La concesión de facultades extraordinarias es contraria a la división de poderes y al sentido republicano, aun cuando las normas pudieran facilitarla. Como ejemplo negativo en la historia se puede citar el art. 48 de la Constitución alemana de la República de Weimar que permitía conceder decretos-leyes al canciller de la República para tomar medidas de carácter legislativo. Por esa vía se fueron acrecentando sucesivamente los poderes de Adolfo Hitler dada su popularidad, y buena parte de los horrores ocurridos, contra la dignidad de las personas, durante la Segunda Guerra Mundial se dieron al amparo de aquella Constitución, paradójicamente recordada como avanzada del constitucionalismo social durante la breve vigencia de una república socialdemócrata.

4. El poder constituyente

La amplitud del sistema democrático y del Estado constitucional de Derecho, como el mejor modo de convivencia organizada, queda demostrada ya que la Constitución prevé su propia muerte o cambio para el caso de que las mayorías —calificadas en este caso— lo consideren necesario o conveniente. Y ello es así porque la Constitución puede reformarse en el *todo* o en *cualquiera* de sus partes. El texto es suficientemente claro en cuanto a que no existen en nuestra Constitución "cláusulas pétreas" o irreformables como algunos autores han pretendido con un fundamento que se acerca notablemente a la corriente "decisionista" sostenida por Carl Schmitt, conforme a la cual las constituciones tendrían un núcleo irreformable que se correspondería con los valores y tradiciones de un determinado pueblo.

La reforma de la Constitución puede ser parcial o total. En el primer caso se estará ante un caso de ejercicio de poder constituyente derivado o reformador, como ha sido el caso de las reformas constitucionales de 1860,

1866, 1898, 1957 y 1994. Si se tratara, en cambio, de una reforma total de la Constitución que cambiara su régimen político (v.gr., y en sentido meramente hipotético, por una monarquía constitucional) estaríamos ante un caso de poder constituyente originario, ya sea de carácter fundacional (creación de un nuevo régimen) o revolucionario (cambio de régimen).

Cuando un país cambia su régimen político, como ocurrió con España al finalizar el régimen franquista y sancionar la Constitución democrática de 1978, ejerce el poder constituyente originario, otro tanto ocurrió con las cinco constituciones de Francia, sancionadas al fundarse cada una de las "repúblicas" incluyendo la Constitución actual de la V República, o en Italia con la Constitución de 1947 que fundó la República después de la Segunda Guerra Mundial. También se ejerció el poder constituyente originario en los estados de América del Norte, al reunirse en 1874 para ratificar los artículos de la Confederación y concluir sancionando una nueva Constitución federal. Este último fue precisamente un caso de reforma "total" y —por lo tanto— de ejercicio de poder constituyente originario.

Tanto más se da el ejercicio del poder constituyente originario cuando el mismo es fundacional, como fue el caso de la Constitución de 1853 que buscaba la organización definitiva y originaria de un país a través de una pacto común, como expresión de la voluntad general, esa vez a través de los representantes de las provincias.

De ese modo, el poder constituyente es la manifestación más genuina de la soberanía popular, razón por la cual en un sistema democrático el pueblo es el titular del poder constituyente, en tanto que en un sistema monárquico de carácter absolutista, el poder constituyente recaerá en el monarca, porque en definitiva el poder constituyente reside en el titular de la soberanía, entendida la misma, en la concepción de Bodin como la *puissance absolut el perpetuelle d'une république*. La doctrina distingue entre poder constituyente *originario* y poder constituyente *derivado*.

Ha enseñado muy bien Spota que el poder constituyente es poder político que se juridiza al normarse y que la sanción de la Constitución representa el momento del tránsito desde lo político a lo jurídico. Ello así porque, mientras lo característico de lo político es la discrecionalidad, lo jurídico se define por su acatamiento al principio de la lógica de los antecedentes [371]. La ley de oro de la política es que siempre alguien manda y siempre alguien obedece, pero la legitimidad del poder depende del sistema de creencias que adopte una determinada comunidad. En el Estado de Derecho la legitimidad depende del acatamiento de las normas a la Constitución y la legitimidad de la Constitución descansa en el poder constituyente que le sirve de fundamento.

371 SPOTA, Alberto A. *Lo político...*, cit.

El poder constituyente derivado, en cambio, es poder de segundo grado y no deriva del ejercicio del poder político en sentido puro sino de su acatamiento al mecanismo previsto por la propia Constitución. Algunas constituciones pueden reformarse por el mismo sistema en que se reforman las leyes comunes u ordinarias. Son las llamadas "constituciones flexibles", otras, en cambio, requieren de un sistema especial para reformar la Constitución, como, por ejemplo, una convención especial convocada al efecto. Son las llamadas "constituciones rígidas".

Las constituciones rígidas son poco comunes y un ejemplo es la Constitución de la Nación argentina, merced al mecanismo especial que establece el art. 30, es decir que debe haber una mayoría especial en cada una de las Cámaras del Congreso para sancionar la ley declarativa de la necesidad de la reforma y *a posteriori* debe convocarse una convención especial que deberá reformar la Constitución. Se debe a James Bryce la clasificación de las constituciones en rígidas y flexibles.

Es decir, conforme lo enseña Spota, el poder constituyente derivado es siempre de segundo orden, como ocurre con los poderes constituyentes provinciales que deben seguir el principio de la lógica de los antecedentes sin contravenir los límites del art. 5°, CN y es también poder constituyente derivado el poder constituyente reformador cuando se trata de la Constitución Nacional, que debe en todos los casos respetar el mecanismo del art. 30.

La mayoría de nuestra doctrina consideró que la reforma constitucional de 1949, realizada para facilitar la reelección presidencial de Juan Domingo Perón e incorporar los derechos sociales a la Constitución, careció de legitimidad de origen al no cumplirse con el principio de la lógica de los antecedentes que marca el art. 30, porque sólo se alcanzó la mayoría en una de las Cámaras del Congreso. A pesar del vicio de origen, que existió y que "borró" a la Constitución de 1949 de nuestros antecedentes constitucionales al jurarse la reforma de 1994, no puede negarse la vigencia que tuvo esa reforma que duró hasta 1955 cuando fuera derogada mediante "proclama" de la Revolución Libertadora. Los derechos sociales fueron recogidos finalmente en el art. 14 bis incorporado por la reforma de 1957, convocada por un gobierno revolucionario.

Una de las cuestiones que ha debatido la doctrina es si la convocatoria a la Convención y la declaración de necesidad de la reforma es un acto legislativo o de naturaleza política del Congreso, que integra el mecanismo de reforma como acto complejo. Nos ubicamos entre quienes consideran que la voluntad del Congreso se expresa por leyes, tanto más cuando las Cámaras intervienen separadamente, en tanto que Sánchez Viamonte se ubica entre los autores que han entendido la declaración de necesidad de la reforma como acto político del Congreso.

La cuestión no es menor porque lleva al punto sobre si es revisable judicialmente el mecanismo de la reforma constitucional. En 1957, en el caso "Soria de Guerrero", la Corte señaló que el contenido de la reforma era una cuestión política no justiciable, aunque quedaba bajo el control de la Corte la revisión del cumplimiento de los procedimientos de manera regular. Después de la reforma constitucional de 1994, en el caso "Fayt", la Corte declaró la nulidad de la reforma que establecía un tope a la edad de los jueces federales, al considerar que se había excedido el límite de la ley declarativa de la necesidad de la reforma 24.309 y que la disposición contrariaba otras normas constitucionales. El tema despertó controversias al referirse la sentencia a la situación de uno de los ministros del Alto Tribunal, el Dr. Carlos S. Fayt.

Un tema que plantea polémica es si el art. 30 puede reformarse por el propio procedimiento que el mismo establece, ya que se daría el caso de una norma "autorreferente", en los términos señalados por Alf Ross: una norma que se refiere a sí misma carece de valor semántico. Sin embargo, en nuestra opinión, la voluntad soberana del constituyente se impone sobre una cuestión de interpretación normativa.

5. Supremacía de la Constitución

Los artículos que venimos tratando se refieren a la importante cuestión de la soberanía popular como fundamento del Estado democrático de Derecho. Así el art. 27 expresa de qué modo los compromisos internacionales del Estado no pueden afectar la supremacía de la Constitución y el art. 28 señala lo propio con relación a las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos y que en ningún caso pueden contrariar la Constitución. El art. 29 prohíbe la concesión de poderes o facultades extraordinarias que afecten la división entre los poderes constituidos y vulneren la soberanía del pueblo. Por su parte el art. 30 coloca el ejercicio del poder constituyente, ya sea originario o derivado, en cabeza del pueblo.

En sus seis libros sobre la república, el francés Jean Bodin calificó a la soberanía como la *cualidad* esencial y perpetua de una república. Mientras en una monarquía es soberano el monarca, en una democracia el soberano es el pueblo. Esa soberanía como característica distintiva de los Estados se manifiesta en el orden internacional y en el orden interno. En el ámbito de las relaciones internacionales, la expresión de la soberanía se denomina "independencia", de manera que una Nación soberana es independiente en el plano internacional. De allí también que en la época de apogeo del Estado-Nación fueran frecuentes las declaraciones de independencia, como ocurrió en nuestro país el 9 de julio de 1816. Cuando un Estado declara su independencia adquiere reconocimiento en el derecho internacional público. En los tiempos que corren ya no existe la independencia en términos absolutos y por ello los Estados han variado hacia la "interdependencia" como concepto de convivencia entre las naciones.

En el Estado constitucional de Derecho, la supremacía de la Constitución es al orden normativo interno, lo mismo que la independencia es al orden externo de las relaciones internacionales. La supremacía de la Constitución es un concepto clave en la interpretación constitucional y es también una condición o cualidad que hace a la definición de la Constitución en sí misma. Sobre todo para los sistemas que adscribimos a una concepción *racional-normativa* de Constitución.

En su *Teoría general sobre el derecho y el Estado*, Hans Kelsen identifica al Estado con la totalidad del ordenamiento normativo y, esquematizando al orden jurídico con una pirámide jerarquizada y escalonada por niveles de validez normativa, coloca a la Constitución en la cima o vértice de esa pirámide, de manera que la Constitución es la norma fundamental al ser fundamento de validez del resto del ordenamiento jurídico que debe adecuarse a ella conforme al principio de la lógica de los antecedentes [372].

Bastaría con que ese principio de supremacía fuera desconocido para que la Constitución pierda su razón de ser como tal, como ha ocurrido entre nosotros durante la vigencia de los gobiernos *de facto*. El denominado Proceso de Reorganización Nacional que tomó el poder por la fuerza en 1976, declaró la plena vigencia de la Constitución Nacional pero subordinó su aplicación al denominado Estatuto Supremo de las Fuerzas Armadas. En síntesis, si la Constitución no es suprema no es nada, o bien, utilizando la expresión de Ferdinando Lasalle, será solamente "una hoja de papel".

El derecho constitucional es inconcebible sin el presupuesto de la filosofía racionalista que sirvió de base a las grandes revoluciones hace algo más de doscientos años. De la misma base surgen el principio de limitación del poder y la supremacía de la Constitución, ambos descansan en un sistema de creencias que da lugar al contrato social originario, para decirlo en palabras de Max Weber, la supremacía de la Constitución descansa, en definitiva, en la creencia generalizada en una determinada legitimidad. Los autores alemanes lo denominan *wille sur verfasun* y el profesor español Pablo Lucas Verdú lo tradujo como "sentimiento constitucional" [373]. Se trata, en definitiva, de la cultura constitucional de un determinado pueblo, de su convencimiento en que el acatamiento a las normas es la opción más conveniente para un mejor resultado colectivo [374].

372 KELSEN, Hans, *Teoría general...*, cit.

373 HESSE, Konrad, *Escritos...*, cit.

374 Sobre el tema puede verse el libro de NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires.

La interpretación constitucional se nutre en primer término de los principios de supremacía y de unidad. Una consecuencia directa del principio de supremacía es el denominado *control de constitucionalidad* de las leyes y demás actos jurídicos infraconstitucionales. El juicio de constitucionalidad consiste, en definitiva, en el contraste entre la norma a aplicar en un caso concreto y la Constitución como norma fundamental, de manera que si la ley o norma de rango inferior contraría o contraviene abiertamente lo dispuesto en el texto constitucional, debe ser declarada *inconstitucional* por los jueces o los órganos encargados de ejercer tal control.

En nuestro sistema, el control de constitucionalidad lo ejercen los jueces, siguiendo al modelo norteamericano. La última instancia de ese control es la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía del recurso extraordinario de inconstitucionalidad. En 1804, en el *leading case* "Marbury v. Madison", el *chief of justice* John Marshall fundó el control de constitucionalidad para preservar la supremacía constitucional de eventuales abusos de poder ejercido por mayorías ocasionales que ocupasen los parlamentos o congresos. Al control de constitucionalidad por los jueces se lo conoce como "control difuso" y tiene efectos para el caso concreto, ello sin perjuicio de la fuerza moral o ejemplaridad de la jurisprudencia de la Corte.

El control de constitucionalidad "concentrado", en cambio, es característico de los países europeos y recién apareció a impulsos de Kelsen después de la primera posguerra. Lo ejerce un órgano especializado, normalmente llamado tribunal constitucional que no integra el Poder Judicial y el efecto de su decisión excede del caso concreto para tener alcance general o *erga omnes*. De allí que el propio Kelsen lo denominara "legislador negativo".

Al determinar el orden de prelación normativo interno en el derecho argentino, el art. 31 coloca al "derecho federal" por sobre el "derecho público provincial". El derecho federal no sólo se integra con la Constitución, sino también con las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras. La reforma constitucional de 1994 ha superado una vieja discusión entre "monistas" y "dualistas" y ha determinado en el art. 75, inc. 22 que los tratados internacionales están por encima de las leyes.

Las leyes dictadas por el Congreso abarcan también a los Códigos y el llamado "derecho de fondo", a diferencia de los Estados Unidos donde el derecho común es materia propia de cada estado, no delegada al gobierno federal. La gran cantidad de normas vigentes ha llevado a la necesidad de convocar a la elaboración de un "digesto jurídico argentino" con la finalidad de poner orden, certeza y seguridad en la legislación vigente.

Siguiendo a la doctrina francesa y española en la materia, se ha dado en denominar "bloque de constitucionalidad federal" a la normativa comprendida por la Constitución, los tratados y las leyes, aun cuando entre nosotros no existan las "leyes orgánicas" o leyes especiales de nivel constitucional [375].

En cambio existen los tratados de derechos humanos con "jerarquía constitucional", aun cuando éstos no pueden derogar los artículos de la primera parte de la Constitución y sólo son complementarios de ella. En nuestra opinión, la existencia de ese bloque en nada disminuye la supremacía de la Constitución que continúa siendo la norma superior del ordenamiento por imperio del art. 31. Algunos autores como Bidart Campos, piensan en cambio que el vértice de la pirámide jurídica se ha achatado y que después de la reforma hay una "meseta" conformada por la Constitución y los tratados como "bloque de constitucionalidad" [376].

En todo caso, vale recordar que el art. 31 se refiere a la prelación normativa en el "orden público interno" y que los límites constitucionales a la aprobación de tratados internacionales continúan determinados por el art. 27 que reafirma el principio de supremacía de la Constitución federal. En definitiva, la Constitución preserva la facultad soberana de decisión por parte de los poderes constituidos, tanto en la aprobación cuanto en la incorporación de normas a nuestro ordenamiento interno.

El derecho público provincial es infraconstitucional y las leyes provinciales deben adecuarse al derecho federal. Se reafirma el carácter de poder constituyente derivado o de segundo grado del poder constituyente provincial, en tanto surge de la Constitución federal y debe seguir las pautas del art. 5°. El "recurso extraordinario federal", regulado en el art. 14, ley 48, permite llevar al control de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la decisión de tribunales provinciales, una vez agotado el "superior tribunal de la causa", cuando normas o actos provinciales contravengan el derecho federal (cuestiones federales complejas) o cuando se trate de una cuestión de interpretación (cuestiones federales simples).

Finalmente el artículo deja a salvo los derechos que las provincias se hubieran reservada por pactos anteriores a la época de su incorporación, disposición que preserva los acuerdos celebrados entre la Confederación y el Estado de Buenos Aires en el Pacto de San José de Flores de 1859, reservándose el Banco de la Provincia con facultad de emitir billetes, en tanto era el banco más antiguo del país.

375 FAVOREAU, Louis - RUBIO LLORENTE, Francisco, "El bloque de constitucionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nro. 1, Madrid.

376 BIDART CAMPOS, Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

6. Protección de la libertad de imprenta

Ha señalado con razón Carlos S. Nino que en nuestro derecho constitucional la libertad de expresión es un derecho "sobreprotegido", debido a que el texto constitucional dedica varias disposiciones a la materia, entre las que cabe citar el artículo que consagra el derecho de los habitantes a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa o el principio general del art. 19 que protege el principio de autonomía, además del art. 32, en análisis, que excluye la jurisdicción federal sobre la materia, así como la competencia del Congreso [377].

Por su parte, un especialista en el tema, como el profesor Gregorio Badeni, agrega a esa enumeración el art. 33 en cuanto consagra el principio de soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, el art. 43 que al incluir el hábeas data protege las fuentes de información periodística, el art. 68 que establece la inmunidad de opinión de los legisladores y el art. 83 que dispone la publicación inmediata en la prensa de los fundamentos de los vetos por el Poder Ejecutivo a las leyes [378].

Tal insistencia del constituyente no hace más que reflejar la gran importancia del tema como vehículo de la libertad y canal de expresión de las ideas, tanto al tiempo de sanción de la Constitución como en la actualidad. Entre nuestros antecedentes constitucionales cabe citar el Reglamento sobre la Libertad de Imprenta de la Junta Grande de 1811 y el Decreto de Libertad de Imprenta del Primer Triunvirato, también de 1811, redactado sobre la base del documento anterior, tales disposiciones dejaron sin efecto el derecho colonial que subordinaba cualquier expresión escrita al permiso de la autoridad.

Escribía Manuel Belgrano: "...La libertad de prensa no es otra cosa que una facultad de escribir y publicar lo que cada ciudadano piensa y puede decir con la lengua. Es tan justa dicha facultad, como lo es la de pensar y hablar, y es tan injusto oprimirla como lo sería el tener atados los entendimientos, las lenguas, la manos o los pies a todos los ciudadanos. Es necesaria para la instrucción pública, para el mejor gobierno de la Nación, y para su libertad civil, es decir, para evitar la tiranía de cualquier gobierno que se establezca; de lo cual son buenas pruebas, que ningún tirano puede haber donde ella esté establecida, y que ningún tirano ha dejado de quitarla con todo cuidado a sus súbditos, porque son incompatibles entre sí" [379].

[377] NINO, Carlos S., *Fundamentos...*, cit.

[378] BADENI, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, ps. 131 a 148.

[379] *Correo de Comercio*, Buenos Aires, 11/8/1810 (nro. 24), cit. por BADENI, Gregorio, *Tratado...*, cit., p. 120, nota 5.

La libertad de prensa es una modalidad de la libertad de expresión entendida en sentido amplio y que se encuentra protegida de manera especial en la enmienda I de la Constitución de los Estados Unidos, norma que en concreto ha sido la fuente del art. 32 introducido en nuestra Constitución Nacional durante la reforma de 1860. La doctrina y jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos le ha dado a la libertad de expresión un contenido muy amplio, desarrollando la interpretación de le enmienda I y también a través de la enmienda XIV, que se refiere al debido proceso y trato igualitario a los ciudadanos de todos los estados.

Esa amplia protección no se da tanto por considerarla como un derecho subjetivo en particular, que en tal caso podría entrar en colisión con otros derechos (v.gr., la igualdad), sino como un presupuesto fundamental del sistema democrático que asegure el libre debate de las ideas, llegándose inclusive a sostener la existencia de un "mercado de las ideas". En esa amplitud conceptual, la prensa aparece como un instrumento o un medio especial de protección. La posición liberal extrema es la que surge del célebre ensayo de John Stuart Mill titulado *On liberty*, donde sostiene que sólo se puede opinar o rechazar una idea repudiable o abominable una vez que la misma haya sido expuesta y que, por lo tanto, debe protegerse la libertad de expresión, aun de la idea que odiamos.

El art. 32 fue adoptado por la Comisión *ad hoc* de Buenos Aires que propuso las reformas de 1860 a la Constitución histórica. El precedente norteamericano fue tomado allí como una manera de proteger al pensamiento libre e ilustrado de Buenos Aires de las prevenciones y recelos que despertaba el poder de Urquiza en cuanto a la posibilidad de censurar la libre expresión. En el debate de la convención se destacaron las intervenciones de Bartolomé Mitre, Domingo F. Sarmiento y Dalmacio Vélez Sarsfield, entre otros.

La limitación del art. 32 se refiere solamente a la libertad de imprenta debido a que en aquellos tiempos la prensa escrita era el ámbito de difusión de las ideas, sin mencionar a otros medios entonces inexistentes como la radio, la televisión, el cine, la informática o Internet. La misma consideración cabe respecto del art. 14 en cuanto prohíbe la censura previa en la "prensa". El tema da lugar para las discusiones entre originalistas y contextualistas o entre la llamada interpretación "estática", apegada al texto histórico, frente a la interpretación "dinámica" que toma en cuenta los valores y la realidad circundante.

Nuestro punto de vista es que la Constitución, frente a "lagunas" o casos no previstos, debe leerse con un criterio amplio a favor de la libertad individual y con un criterio lo más restrictivo posible en cuanto a la ampliación de poderes o facultades para el poder público.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha diferenciado, respecto del art. 32, la posibilidad del Congreso de legislar en

materia penal entre los delitos de prensa y los delitos cometidos por intermedio de la prensa, permitiendo en el último caso la competencia de los tribunales locales que son los que, por lo general, tienen la competencia ordinaria en materia penal. A partir del caso "Batalla" se ha ampliado notablemente la competencia federal cuando se trata de la comisión de delitos de prensa que exceden el ámbito local.

Cabe señalar que nuestro país ha suscripto el Acta de Chapultepec durante la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión convocada por la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1994, así como la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

7. Los derechos no enumerados

El art. 33 también tiene su fuente en la Convención *ad hoc* de Buenos Aires que propuso las reformas a la Constitución de 1860 y su fuente es la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos que se expresa en términos casi idénticos a nuestro art. 33. En el país del norte desde la sanción de la Constitución, que en un principio tenía un Preámbulo y siete artículos —las diez primeras enmiendas se incorporaron después—, se planteó desde un principio un debate sobre el particular entre dos de los "padres fundadores", Charles Madison y Alexander Hamilton.

El primero de ellos, a quien corresponden las páginas más profundas y vehementes de *El federalista*, sobre todo en lo atinente a los límites y alcances del sistema representativo, fue de la idea de enumerar con precisión los derechos que los estados concedían al gobierno de la Unión para su protección y garantía, en tanto que Hamilton señalaba que una enumeración de derechos, a la manera de un *bill of rights* podría generar la confusión en cuanto a que aquellos derechos no enumerados, ya sea por mero olvido en la redacción, no gozarían de protección constitucional. Así, las enmiendas adoptaron la forma de sistemas de garantías más que la de enunciaciones dogmáticas de derechos, y de allí también el texto de le enmienda IX en cuanto a que le enumeración derechos en la Constitución no debía considerarse como negación de derechos no enumerados. En nuestro texto, la posibilidad de considerar incluidos los derechos en el marco de la Constitución depende de que se encuadren dentro de dos coordenadas bien definidas: *el principio de soberanía del pueblo* y *la forma republicana de gobierno*.

Tales coordenadas tienen más bien relación con las garantías que hacen al funcionamiento del sistema político, de allí que resulte acertado que la jurisprudencia haya considerado "implícitos" algunos derechos que el silencio de las normas negaba, como el derecho a la vida o el de reunión, este último muchas veces negado por gobiernos autoritarios a pesar de que la

Constitución consagra en el art. 14 los derechos de asociarse con fines útiles y el de peticionar a las autoridades.

Desde ese punto de vista son también válidas las interpretaciones que, durante muchos años años y sobre todo antes de la reforma constitucional de 1994, dieron cabida a instituciones del sistema político y representativo que el texto de la Constitución no preveía, como, por ejemplo, el derecho electoral y los partidos políticos, pero que se encontraban claramente comprendidos en las coordenadas de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno en el marco completado por los arts. 1°, 14, 22 y 33, CN.

Parecen, en cambio, excesivas las interpretaciones que llegaron al extremo de considerar al art. 33 como una suerte de norma abierta o residual de la Constitución que diera cabida a cualquier derecho no enumerado, amparando tal fundamentación en cosideraciones muchas veces valorativas sin fundamento o justificación en el texto constitucional.

Una referencia que permite echar luz sobre esta cuestión fue la destacada intervención de Bartolomé Mitre en el debate de la Convención *ad hoc* de Buenos Aires para la reforma de 1860, que fundamenta la necesidad de incorporar el art. 33, no solamente en los antecedentes norteamericanos, sino también en la necesidad de proteger los derechos de las generaciones futuras, manifestando que significaba "...ubicar al pueblo como ente moral o persona colectiva, como titular de derechos, sacándolo de su mera invocación fáctica establecida en el Preámbulo..." [380], preclara visión que se adelantaba en muchos años a los llamados "derechos colectivos", hoy garantizados en el art. 43, CN.

8. Incompatibilidades de los jueces de la Nación y de las provincias

La norma del art. 34 se refiere a las incompatibilidades de los magistrados y funcionarios como principio general y es una consecuencia derivada del principio de división de poderes que establece la Constitución, tanto en lo que hace a la división vertical del poder (Nación-provincias) como a la división horizontal (Poder Legislativo-Poder Ejecutivo-Poder Judicial). En tal sentido, se incorporó este artículo en la reforma de 1860 como una forma de preservar a las provincias de la incorporación de Buenos Aires, en tal sentido, Agustín de Vedia señala que se trata más bien de una disposición propia de una Constitución provincial [381].

[380] RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, t. 4, Peuser, Buenos Aires, 1937, ps. 542/543.

[381] DE VEDIA, Agustín, *Constitución comentada*, cit., p. 146.

Lo cierto es que antes de 1860 muchos jueces y funcionarios nacionales ejercían a su vez cargos nacionales, abusando de su poder en el ámbito local y sin diferenciar nítidamente una jurisdicción de la otra. Por eso es también que el segundo párrafo del artículo señala que las autoridades nacionales, civiles y militares que se encuentren temporariamente o en funciones en el territorio de una provincia, no pueden computar el domicilio en la misma a los efectos de la residencia con miras al ejercicio de funciones políticas. Esa disposición guarda relación con los establecimientos de utilidad nacional contemplados en el art. 75, inc. 30, de donde surge que los cuarteles y otras dependencias federales en las provincias son territorio federal.

De manera indirecta el tema se relaciona con la incompatibilidad que resulta de la división de poderes para que un integrante de un poder del Estado, lo sea al mismo tiempo de otro. Lamentablemente tal principio ha exhibido retrocesos especialmente entre los integrantes del Poder Legislativo, que en muchas ocasiones han pasado a desempeñarse como ministros o secretarios del Poder Ejecutivo sin renunciar a sus bancas, sino simplemente solicitando licencia. Tal práctica es nociva para la independencia entre los poderes, siendo posible en los sistemas de tipo parlamentario, pero no en los sistemas presidencialistas.

CAPÍTULO XI

LOS NUEVOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS

Este capítulo ha sido agregado por la reforma constitucional de 1994 y amplía el catálogo clásico de derechos a los derechos de incidencia colectiva o "nuevos derechos". Frente a los aportes del constitucionalismo clásico que limitaba los derechos constitucionales a los "derechos subjetivos", el nuevo capítulo incorpora los derechos que no están en cabeza de un sujeto sino que se tienen por pertenencia a un grupo amplio de personas. De esa manera, a los derechos civiles y políticos (primera generación) y a los derechos económicos y sociales (segunda generación), se agregan ahora también los derechos colectivos (tercera generación, entre los que la Constitución enumera los derechos al ambiente y los derechos de los usuarios y consumidores.

También contiene el capítulo los derechos electorales y de los partidos políticos que si bien se consideran clásicamente de primera generación, se ubican en el nuevo capítulo ya que no fueron contemplados expresamente en la Constitución histórica. Luego se ubican los llamados nuevos derechos de participación política, como la iniciativa popular y la consulta popular. De ese modo, la Constitución acentúa el tránsito desde un modelo individualista y representativo a un modelo democrático que también contempla la participación como valor.

1. El derecho de resistencia y la defensa del orden constitucional

Esta norma abre el cap. II, parte I de la Constitución Nacional bajo el título de "Nuevos derechos y garantías", esto es, amplía junto con los siguientes artículos hasta el 43 la llamada "parte dogmática" de la ley fundamental. Y no es casualidad que los convencionales constituyentes hayan decidido esta incorporación al inicio del capítulo, por cuanto su contenido es, ante todo, una declaración de fe democrática.

Fue la primera norma debatida en el recinto de la Convención, y fue votada por unanimidad por todos los bloques políticos. La vigencia del orden constitucional, aun en los supuestos *de facto*, está consolidada a partir de dos ejes: la nulidad insanable de los actos ejercidos por los usurpadores y la ex-

Lo cierto es que antes de 1860 muchos jueces y funcionarios nacionales ejercían a su vez cargos nacionales, abusando de su poder en el ámbito local y sin diferenciar nítidamente una jurisdicción de la otra. Por eso es también que el segundo párrafo del artículo señala que las autoridades nacionales, civiles y militares que se encuentren temporariamente o en funciones en el territorio de una provincia, no pueden computar el domicilio en la misma a los efectos de la residencia con miras al ejercicio de funciones políticas. Esa disposición guarda relación con los establecimientos de utilidad nacional contemplados en el art. 75, inc. 30, de donde surge que los cuarteles y otras dependencias federales en las provincias son territorio federal.

De manera indirecta el tema se relaciona con la incompatibilidad que resulta de la división de poderes para que un integrante de un poder del Estado, lo sea al mismo tiempo de otro. Lamentablemente tal principio ha exhibido retrocesos especialmente entre los integrantes del Poder Legislativo, que en muchas ocasiones han pasado a desempeñarse como ministros o secretarios del Poder Ejecutivo sin renunciar a sus bancas, sino simplemente solicitando licencia. Tal práctica es nociva para la independencia entre los poderes, siendo posible en los sistemas de tipo parlamentario, pero no en los sistemas presidencialistas.

CAPÍTULO XI

LOS NUEVOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS

Este capítulo ha sido agregado por la reforma constitucional de 1994 y amplía el catálogo clásico de derechos a los derechos de incidencia colectiva o "nuevos derechos". Frente a los aportes del constitucionalismo clásico que limitaba los derechos constitucionales a los "derechos subjetivos", el nuevo capítulo incorpora los derechos que no están en cabeza de un sujeto sino que se tienen por pertenencia a un grupo amplio de personas. De esa manera, a los derechos civiles y políticos (primera generación) y a los derechos económicos y sociales (segunda generación), se agregan ahora también los derechos colectivos (tercera generación, entre los que la Constitución enumera los derechos al ambiente y los derechos de los usuarios y consumidores.

También contiene el capítulo los derechos electorales y de los partidos políticos que si bien se consideran clásicamente de primera generación, se ubican en el nuevo capítulo ya que no fueron contemplados expresamente en la Constitución histórica. Luego se ubican los llamados nuevos derechos de participación política, como la iniciativa popular y la consulta popular. De ese modo, la Constitución acentúa el tránsito desde un modelo individualista y representativo a un modelo democrático que también contempla la participación como valor.

1. El derecho de resistencia y la defensa del orden constitucional

Esta norma abre el cap. II, parte I de la Constitución Nacional bajo el título de "Nuevos derechos y garantías", esto es, amplía junto con los siguientes artículos hasta el 43 la llamada "parte dogmática" de la ley fundamental. Y no es casualidad que los convencionales constituyentes hayan decidido esta incorporación al inicio del capítulo, por cuanto su contenido es, ante todo, una declaración de fe democrática.

Fue la primera norma debatida en el recinto de la Convención, y fue votada por unanimidad por todos los bloques políticos. La vigencia del orden constitucional, aun en los supuestos *de facto*, está consolidada a partir de dos ejes: la nulidad insanable de los actos ejercidos por los usurpadores y la ex-

tensión de la sanción prevista para los "infames traidores a la patria" a los autores de esos actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático.

Cabe destacar que esas sanciones son imprescriptibles y expresamente han sido excluidas de los beneficios del indulto y la conmutación de penas (ver art. 99, inc. 5°, CN), pueden, sin embargo, ser objeto de amnistías generales (ver art. 75, inc. 20).

Es muy importante la consagración con rango constitucional del "derecho de resistencia a la opresión", figura largamente debatida por la doctrina constitucional y la ciencia política. La relación de la misma con la obligatoriedad de todo ciudadano argentino de "armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución" (art. 21) enriquecerá, sin duda alguna, la discusión desde esas perspectivas y la filosofía jurídica en general.

Por último, la llamada "cláusula ética" equipara en el mismo nivel que la ruptura del sistema institucional a quienes incurrieren en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, derivando al Congreso la sanción de una norma general sobre este punto para el ejercicio de la función pública. Esta ley deberá contemplar razonablemente la sanción de inhabilitación para ocupar cargos o empleos públicos.

Destaca Bidart Campos que el art. 36 exhibe un rostro docente y catequístico, porque procura enseñar que el "orden institucional y el sistema democrático", deben ser respetados. Tiene también algo de prevención, de admonición y de disuasión para que la continuidad institucional no se interrumpa. Por supuesto que si, desgraciadamente, recayéramos en los actos de fuerza que la Constitución descalifica, el imperio —o la vigencia sociológica— de ella no subsistirían por la exclusiva circunstancia de que este artículo exprese que tal imperio se mantendrá. Hará falta algo y mucho más que la norma declarativa pero, de todos modos, la reivindicación que ella hace del orden institucional y del sistema democrático es capaz de suscitar colectivamente las valoraciones sociales imprescindibles para su mantenimiento. De cualquier modo, contenida en la propia Constitución la incriminación de la conducta adversa, nos hallamos ante la situación de todas las normas penales: por sí mismas no impiden que los delitos se cometan, pero prevén la sanción para quienes sean sus autores [382].

2. Orígenes del *ius resistendi*

A lo largo de la historia, el denominado "derecho de resistencia" ha exhibido una fundamentación marcadamente iusnaturalista. De ese modo, po-

[382] BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, cit., ps. 264/265.

demos remontarnos desde Antígona, de Sófocles, pasando por el medioevo y la escolástica hasta John Locke, Montesquieu y la declaración de la independencia de los Estados Unidos.

En la *Suma Teológica* de santo Tomás de Aquino, se establece la licitud de la resistencia pasiva contra la tiranía en general. Puede, inclusive, llegar a constituir un deber moral frente a decisiones que vulneran la ley divina, reconociéndose de tal modo el derecho a la resistencia activa contra la tiranía si la misma es insoportable.

Si la tiranía fuese tolerable, existe el deber moral de sufrirla para evitar males mayores.

En caso de tiranía insoportable, el tirano puede ser juzgado y condenado a muerte; no puede, en cambio, legitimarse la muerte dada al tirano, por iniciativa privada (tiranicidio). Para santo Tomás, la tiranía consistía en que el poder fuera ejercicio en provecho particular de quien gobierna, prescindiendo del bien común.

Pero serían los autores de la escuela española de los siglos XVI y XVII quienes darían verdadero esplendor al *ius resistendi*. Francisco de Vitoria, en sus *Reelecciones* advierte que para obligar en conciencia la decisión tomada por quien ejercer el poder, es menester que no esté reñida con el derecho natural; si el gobernante se aparta del orden natural busca sólo su propio beneficio y se aparta del bien común, corresponde plantear las hipótesis del *ius resistendi*, distinguiendo dos tipos de tiranías: a) la del usurpador, "que se tiene a sí mismo por vez y no lo es, de manera que no tiene derecho a las tierras que ocupa y b) la de régimen será la de aquel que es legítimo señor de la república, pero la gobierna tiránicamente y la dirige a su propia utilidad y la de los suyos, y no para bien de la misma república sino para su ruina".

Siguiendo la tradición tomista, Vitoria reconoce la legitimidad del derecho de resistencia a la opresión que deberá ejercitarse mediante la virtud de la prudencia; de modo que, para que el *ius resistendi* activo se justifique, exige que del mismo no deriven males mayores que los inherentes a la tiranía que se procura derribar [383].

Francisco Suárez, por su parte, desarrolla el *ius resistendi* en *De legibus* y en *Defensio fidei*. Sostiene que el régimen monárquico, como las restantes formas de gobierno "es por institución humana", siendo la potestad del príncipe mayor o menor "según el pacto o el contrato celebrado entre el reino y el rey".

Sobre esta base pactual, emerge como corolario lógico el *ius resistendi* cuando el príncipe se extralimita en el ejercicio del poder que le ha sido con-

[383] Véase RODRÍGUEZ VARELA, Alberto - VANOSSI, Jorge R., *El derecho de resistencia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997.

ferido. "Si el rey cae en tiranía —opina Suárez— puede el reino hacer guerra justa contra él". De ese modo, el Doctor Eximio reconoce la legitimidad de la resistencia no sólo contra los tiranos de usurpación *tyrannus ab origine*, sino también contra los tiranos de hecho *tyrannus ab regimine*. Respecto de estos últimos, enseña Suárez que "si el rey cambia en tiranía su potestad justa, abusando de ella para daño manifiesto de la ciudad, podría el pueblo usar de su potestad natural para defenderse, porque de ésta nunca se ha privado" [384].

La doctrina del derecho de resistencia a la opresión mereció, en cambio, el más profundo rechazo por parte de las teorías del absolutismo. Así Bodin, al entender a la soberanía como un poder absoluto no sujeto a leyes, entiende que los límites morales que declara vigentes son sólo expresiones de deseos, que no pueden ser invocados para resistir cualquier extralimitación o tiranía [385]. Para Hobbes, por su parte, la resistencia contra el gobernante, aunque sea un déspota, constituye una falta gravísima [386].

Tampoco para Rousseau hay lugar para la resistencia a la opresión al ser la ley una manifestación infalible de la voluntad general.

Será John Locke quien desarrolle con amplitud el tema en varios pasajes de su *Ensayo sobre el gobierno civil*, ligándolo de manera directa con una justificación de la Revolución de 1688. Los fundamentos de Locke, al basarse en una "apelación al cielo", desnudan una fuerte raíz iusnaturalista.

En un trabajo elaborado en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, se citan como antecedentes del derecho de resistencia, tanto algunos párrafos de la declaración de la independencia de los Estados Unidos, de la Revolución Francesa, como algunos antecedentes latinoamericanos [387].

2.1. La declaración de la independencia americana

"Suponemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores posibilidades de alcanzar su seguridad y felicidad. La prudencia, en verdad, dictará que los gobiernos largamente establecidos no deben ser cambiados por causas pasajeras y transitorias; y por razón de experiencia la humanidad se halla dispuesta a sufrir, mientras los males son sufribles, antes que hacerse justicia aboliendo las formas de gobierno a que se halla acostumbrada. *Pero cuando una larga cadena de abusos y usurpaciones, conducente al mismo propósito, revela el designio de reducir al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, expeler a ese gobierno y proveer nuevas guardas para su futura tranquilidad...*".

384 RODRÍGUEZ VARELA, Alberto - VANOSSI, Jorge R., *El derecho de resistencia*, cit., p. 18.

385 Véase. MARTÍN, Jacques, *El hombre y el Estado*.

386 FCE, México.

387 Cit., 1997.

2.2. La Revolución Francesa

El art. 2° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 27 de agosto de 1789, expresó: "El fin de toda acción es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

2.3. El derecho a la resistencia en Iberoamérica

La doctrina del *ius resistendi* fue invocada en el curso de la guerra guaranítica (1752-1756). Cuando los aborígenes educados por los jesuitas se alzaron contra el Tratado de Permuta y también como fundamento de la insurrección de José Gabriel Condorcanqui (a) Tupac Amaru (1780).

El derecho de resistencia es también el sustento de la proclama de la junta de gobierno de La Paz, del 16 de julio de 1809, que concluye: "...Ya es tiempo, en fin, de levantar el estandarte de la libertad en estas desgraciadas colonias, adquiridas sin el menor título, y conservadas con la mayor injusticia y tiranía" [388].

Una especial mención merecen los artículos publicados por Juan Bautista Alberdi, en *El Nacional* de Montevideo, a fines de 1838, enfatizando el derecho a la *resistencia* frente a la tiranía de Rosas.

3. El derecho de resistencia en la doctrina argentina

Para seguir el derrotero de las distintas opiniones que sobre el derecho de resistencia ha elaborado la doctrina constitucional argentina, previa a la reforma constitucional de 1994, nos valdremos de la sistematización realizada por el Dr. Jorge Reinaldo A. Vanossi, en el citado trabajo realizado en

388 ÁVALOS, cit., 1997.

la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, destinado, justamente, al análisis del derecho de resistencia incorporado a la Constitución Nacional con la reforma de 1994 [389]. En opinión de Joaquín V. González, si la Constitución lo reconociera como derecho, se habría preparado su muerte en la cuna [390]. Por su parte, Cossio entiende que para la ciencia del derecho no hay tal derecho a la resolución. En el sentido del derecho objetivo, significaría la fractura de la lógica de los antecedentes. Si cada norma inferior es la aplicación de otra superior, admitir un hecho así equivale a aceptar una contradicción manifiesta, que la ruptura del orden jurídico es al propio tiempo la continuidad del orden jurídico [391]. Para Sampay no se puede aceptar un precepto que consagre la revolución como una institución jurídica, pues sería dejar librada la ordenación de la vida común a la diversidad de opiniones de los individuos y llegar a la paradojal situación de facilitar, en el derecho positivo, la destrucción de la positividad del derecho...: En el articulado de la Constitución se han de encontrar todos los medios para actuar dentro de la órbita legal [392]. Por su parte, Soler divide el problema en cinco partes, el derecho de resistencia como: 1) oposición al órgano del Estado; 2) oposición a la norma; 3) disolución del pacto social; 4) tutor de los demás derechos; 5) identificación con la libertad natural. Concluye remarcando que la idea de un derecho o "poder de rebelión" fue una pretensión del iluminismo y sostiene que no basta que unas cuantas palabras estén impresas con la apariencia de una norma para que, efectivamente, el concepto que contienen *sea* una norma. Medió pues una ilusión, la utopía de dar libertad al hombre por medio de normas jurídicas. Pretendieron llenar una norma con algo que no hacía referencia a un concepto normativo, sino a un concepto de ser, a un concepto real y no de mera relación. En una palabra, dice Soler, quisieron meter dentro de la norma a la libertad misma [393].

Pero, siguiendo el recorrido propuesto por Vanossi, será Mario Justo López quien ponga el acento sobre esta cuestión:

"Para los que admiten la existencia del derecho de resistencia a la opresión, y la justifican no hay duda acerca de su naturaleza. Se trata, como lo proclamó el art. 2° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de un "derecho natural". Pero, la circunstancia de que el derecho de resistencia a la opresión sea un derecho natural no impide, como

[389] RODRÍGUEZ VARELA, Alberto - VANOSSI, Jorge R., *El derecho de resistencia*, cit., año XLI, segunda época, nro. 34.

[390] GONZÁLEZ, Joaquín V., *Obras completas*, TIP, p. 199.

[391] COSSIO, Carlos, *El concepto puro de revolución*, 1936.

[392] SAMPAY, Arturo E., *El derecho de resistencia: su inadmisibilidad en la constitución del Estado de Derecho*, La Facultad, Buenos Aires, 1938.

[393] SOLER, Sebastián, *Ley, historia y libertad*, Losada, Buenos Aires, 1943, ps. 83 a 94.

antes se ha visto, su institucionalización, vale decir, su reconocimiento o consagración por el derecho positivo. Lo que ocurre es que como el Estado de Derecho implica un orden constitucional integral y continuo, excluye por lo mismo la posibilidad teórica de la opresión y, consiguientemente, la necesidad de remedios extrajurídicos si el Estado de Derecho lo es de verdad y en plenitud, no puede haber opresión ni se requieren, por lo tanto, medirlos para resistirla. Dicho de otro modo, en el derecho positivo, dentro de los marcos del Estado de Derecho, el derecho de resistencia a la opresión no tiene razón de existir porque el constitucionalismo implica la imposibilidad jurídica de la opresión y la posibilidad jurídica de impedir o, en su caso, reparar los abusos y de corregir o modificar los usos. Sólo con motivo de los casos críticos, es decir, cuando el Estado de Derecho está en crisis, nace y se justifica aquel derecho. Pero tal nacimiento y justificación son extraños al derecho positivo. Respecto de éste, una insurrección es siempre, formalmente, un acto ilícito [394]. El cuadro de opiniones doctrinarias podría cerrarse con las citas de Linares Quintana y Sánchez Viamonte, para quienes se trataría de un principio ético-político; de un derecho de la sociedad y no del individuo, cuyo fundamento surgiría del art. 33 que consagra los derechos no enumerados pero que surgen del *principio* de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Finalmente, para el propio Vanossi no se trataría de un derecho (sea individual o colectivo) sino de un hecho de índole política que puede encontrar sustentos morales.

Destaca así que "encapsular el pretendido derecho de resistencia en el texto de la Ley Suprema no *sólo* no genera derechos humanos que sean jurisdiccionalmente exigibles, sino que implica la introducción de un caballo de Troya, en la continuidad del orden legal urgente" [395].

Para el mismo autor, si se consumara la resistencia, sus actos constitutivos producirían consecuencias jurídicas y, en caso fallido, probables sanciones penales y responsabilidades consecuentes.

En el caso en que la resistencia alcanzara sus objetivos, despejando la opresión reinante, pondrían en ejercicio la modalidad del poder constituyente revolucionario, ya sea para fines restauradores o bien con meros propósitos fundacionales. Afirma que la resistencia "es un resorte subyacente en la concepción axiológica de toda sociedad libre. No cabe formularlo a través de la técnica jurídica. Por ausencia normativa no se volatiliza. En definitiva, emerge como acto irresistible de un estado de conciencia de la sociedad" [396].

[394] LÓPEZ, Mario J., *Introducción a los estudios políticos*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 102.

[395] RODRÍGUEZ VARELA, Alberto - VANOSSI, Jorge R., *El derecho de resistencia*, cit., p. 58.

[396] RODRÍGUEZ VARELA, Alberto - VANOSSI, Jorge R., *El derecho de resistencia*, cit., p. 55.

4. Defensa del orden constitucional

Aun cuando la opinión mayoritaria se inclina por ubicar al derecho de resistencia a la opresión en el campo de la moral antes que en el marco jurídico positivo; circunstancia que surge de la propia esencia naturalista del *ius resistendi*, tanto desde el punto de vista de contenido histórico como desde la propia esencia de un pretendido derecho que rompe el principio de la lógica de los antecedentes del orden jurídico como tal y que lleve a plantearnos si la aplicación del art. 36 de la Constitución, en ese sentido, no implicaría —en el caso de triunfo— la instauración de un nuevo orden legal en concordancia con el concepto de poder constituyente revolucionario.

Pero lo que no puede desmerecerse, aun cuando puede entenderse como sobreabundante, es el valor natural, simbólico si se quiere, del nuevo art. 36, CN. Tiene razón Bidart Campos cuando afirma que se trata de un precepto docente y catequista, pero además de ese sentido hay un claro valor simbólico y axiológico fundado en nuestra historia cercana de violaciones al orden constitucional e interrupciones al orden jurídico que, casi siempre, se cubrieron bajo una pretendida y disfrazada legitimidad que, paradójicamente, casi siempre buscó amparo en la propia Constitución.

José Luis de Imaz ha explicado que la mayoría de los golpes de Estado en América latina se fundamentaron en la necesidad de "restablecer el orden constitucional", que en ese momento se violaba [397], inclusive en la Argentina esa pretendida legitimidad ha sido objeto de variadas elucubraciones "meta-jurídicas" entre las que cabe enumerar la "doctrina *de facto*", a partir de la célebre acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación luego de producido el derrocamiento del gobierno constitucional en 1930; la invocación del poder constituyente por parte de la llamada Revolución Argentina de 1966 y la alteración del orden jerárquico normativo por parte del denominado Proceso de Reorganización Nacional que ubicó el Estatuto Supremo de las Fuerzas Armadas por encima de la Constitución.

Es cierto que frente a aquellas oscuras circunstancias y a sus todavía más oscuras y más graves consecuencias, poco pudieron hacer las disposiciones constitucionales, algunas de las cuales condenan el delito de sedición (art. 22) y la suma del poder público (art. 29), disponiendo la aplicación concreta de sanciones penales. También el art. 21 manda a todo ciudadano a "armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución", y el art. 33 consagra los derechos no enumerados pero que surgen "del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Está claro que no será la mera literatura de escribir un artículo en la Constitución la que produciría por sí misma la eficacia y la invulnerabilidad del orden jurídico [398]. En definitiva y siguiendo otra vez a Max Weber, es la creencia en una determinada legalidad lo que confiere legitimidad al orden normativo, es decir, aquello que Konrad Hesse denominara como la "voluntad de la Constitución" [399] *(Ville zur Verfasun)*, expresado en su fuerza normativa [400]. De tal "voluntad de la Constitución" se arriba, en definitiva, al "sentimiento constitucional" referido por Pablo Lucas Verdú o a la "cultura constitucional" referida por Vanossi. El énfasis puesto en la doctrina constitucional de los últimos años al resaltar el carácter normativo u operativo de la Constitución, no obsta a la existencia de valores y principios en el texto fundamental y que llevaran a nuestra Corte Suprema de Justicia, en uno de sus más tempranos pronunciamientos, a categorizar como el *palladium* de la libertad" o el "arco guardado de nuestras más sagradas libertades".

Desde esa perspectiva está claro que el art. 36 aparece como una justificada reafirmación de fe democrática después de un período muy castigado de nuestra historia nacional. En un comentario a la reforma, el ex convencional constituyente y miembro de la comisión redactora, Dr. Horacio D. Rosatti, se preguntó: ¿qué valor disuasivo podrá tener una cláusula jurídica frente a la ambición del autoritarismo? ¿No constituye acaso una manifestación de debilidad, casi una confesión de impotencia? ¿No contradice el sentido de la transición a la democracia iniciado en 1983, que busca cotidianamente su consolidación? [401].

A tales interrogantes responde el mismo autor: "...La inclusión es lógica porque cierra un circuito de completividad. Con la reforma aprobada, la Constitución contiene —desde la perspectiva que analizamos— tres tipos de normas: las normas que dicen qué está permitido, exigido o tolerado y qué está prohibido, las normas que dicen cómo hay que cambiar esta trama

La rebelión puede ser entendida como un cambio de legitimidad en términos de Max Weber (la creencia en una cierta legalidad). El Comité Jurídico Interamericano de la OEA entendió que una cosa es reconocer la capacidad de un individuo para resistir la acción ilícita de una autoridad gubernamental y otra es sancionar el derrocamiento del gobierno; también afirmó que "el sancionar la destrucción de un sistema legal mediante una norma de ese mismo sistema, implica necesariamente una contradicción ideológica que es fatal a la formulación de tal norma", *Anuario Jurídico Interamericano*, 1953.

397 IMAZ, José L. de, *Los que mandan*, cit.

398 El profesor Alberto Antonio Spota solía explicar en sus clases que, ante un acto revolucionario, no es posible detener una columna de tanques con la mera exhibición, ya que se corre el riesgo de ser aplastado por la referida columna.

399 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

400 A la "fuerza normativa" de la Constitución se ha referido, en España, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, y entre nosotros, BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires.

401 ROSATTI, Horacio D. y otros, *La reforma...*, cit., p. 44.

de lo lícito y lo ilícito (mecanismos de la reforma constitucional) y las normas que dicen qué ocurre si se modifica el primer tipo de normas sin seguimiento del segundo tipo de normas.

"La inclusión es también conveniente porque no deja la hipótesis de violación sin previsiones (la usurpación no supone la pérdida de imperio de la Constitución, los actos de los usurpadores a la patria e inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos, no pueden beneficiarse con el indulto y la connotación de penas, responden civil y penalmente por sus actos, tendientes a concretar una responsabilidad), impidiendo que ello sea materia de negociación entre el usurpador y quienes habrán de sucederlo. Reafirma, a su turno, el excelente precedente moral que constituyó el juzgamiento constitucional a la cúpula de las Fuerzas Armadas que usurpó el poder desde 1976 a 1983" [402].

Otro ex convencional constituyente, que también integró la Comisión Redactora, el Dr. Humberto Quiroga Lavié, ha destacado que el único efecto práctico del nuevo art. 36 podría eventualmente consistir en que si no triunfa la "resistencia" frente al desplazamiento del régimen establecido, "los que hayan sido juzgados como delincuentes o responsables por su resistencia deberán ser disueltos por imperio de esta norma constitucional" [403]. El mismo autor señala "que la usurpación pueda crear un nuevo orden de gobierno es un hecho inevitable", agregando que los actos "nulos" que fulmina el art. 36 "son sólo los actos de fuerza que produjeron la destitución de los gobernantes surgidos de acuerdo con la legalidad anterior al golpe de Estado" [404].

5. El derecho público provincial

Sin perjuicio de lo expuesto en el ámbito de la Constitución federal, el derecho de resistencia presenta formulaciones específicas en el ámbito de nuestro derecho público provincial. Respecto de su recepción en la Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Córdoba, del año 1995 (art. 9°, inc. 10), el Dr. Jorge Vanossi sostiene una seria objeción cuando se plantea la existencia de mecanismos especiales de intervención (por ej., intervención federal); para tales casos opina así que admitir la "resistencia" en el nivel local sería como prescindir del orden general o nacional y que llevaría al caos [405].

No parece faltarle razón al Dr. Vanossi si partimos de la idea de la existencia de un solo "pueblo" en la Nación argentina y no de diferentes pueblos.

[402] ROSATTI, Horacio D. y otros, *La reforma...*, cit.
[403] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Nación argentina*, Zavalía, Buenos Aires, 1996.
[404] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, cit.
[405] RODRÍGUEZ VARELA, Alberto - VANOSSI, Jorge R., *El derecho de resistencia*, cit.

Sin perjuicio de las complejidades que nos plantea la idea de "pueblo" y a la que ya nos hemos referido en otra parte siguiendo a Nino, no debe perderse de vista que la Constitución considera la unidad del pueblo al disponer la elección de la Cámara de Diputados considerando al país como un solo distrito y que siendo la Nación argentina un solo Estado, uno de sus elementos constitutivos —la población— en la formulación de Jellinek pertenece a la Nación como tal y no a cada unidad territorial federal, por autónoma que ésta resulte. Esto no impide, sin embargo, considerar la inmediatez que tóda forma de tiranía podría ocasionar a nivel local y el derecho natural que tendrían, quienes la sufrieran, a resistirla. Claro está que, a nuestro juicio, el pretendido "derecho de resistencia local" participaría de las mismas características del derecho de resistencia consagrado en el art. 36, CN.

No debe olvidarse, por lo demás, que la primera parte o "parte dogmática" de la Constitución Nacional, ahora ampliada con el cap. II de "Nuevos derechos y garantías", representa un "umbral mínimo garantista" que las provincias deben respetar conforme a lo dispuesto en el art. 5°, CN. De allí en más, las provincias pueden ampliar el "catálogo" de derechos, pero nunca disminuirlo ni restringirlo.

La Constitución del nuevo sujeto del derecho público argentino, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expresa al respecto:

"Art. 4°. Esta Constitución mantiene su imperio aun cuando se interrumpa o pretendiese interrumpir su observancia por acto de fuerza contra el orden institucional o el sistema democrático o se prolonguen funciones o poderes violando su texto. Estos actos y los que realicen los que usurpen o prolonguen funciones son insanablemente nulos. Quienes en ellos incurren quedan sujetos a inhabilitación absoluta y perpetua para ocupar cargos públicos y están excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Es deber de las autoridades ejercer las acciones penales y civiles contra ellos y las de recupero por todo cuanto la Ciudad deba pagar como consecuencia de sus actos.

"Todos los ciudadanos tienen derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo".

Se reitera el principio incorporado en el art. 36, CN, que a su vez se relaciona con el art. 22 de la norma fundamental, cuando señala que toda fuerza armada o grupo de personas que pretenda arrogarse ilegítimamente la representación del pueblo comete delito de sedición. La experiencia de los golpes de Estado en nuestro país recuerda que no pocas veces se pretendía realizar la farsa de la vigencia constitucional cuando se subordinaba la misma a algún otro instrumento *de facto* y se violaban las garantías constitucionales. La última fase consagra el "derecho de resistencia". La denominación es en realidad impropia, toda vez que el ejercicio de un derecho legítimo, fundado en la Constitución, no puede nunca constituir una forma clásica de

desobediencia al derecho como es el "derecho de resistencia", que tiene como mismo fundamento el derecho natural y no el orden jurídico positivo.

6. Los derechos políticos

Los derechos políticos son una categoría no siempre concisa que abarcan los derechos de asociación y reunión, de peticionar a las autoridades, de participación y control, así como el derecho de elegir y ser elegido conforme a las leyes. No hay una línea nítida que los diferencie de los derechos civiles e integran con éstos la denominada "primera generación" de derechos fundamentales.

Se titularizan en sujetos que tienen: a) calidad de ciudadanos, o bien b) calidad de entidades políticas reconocidas. Los derechos políticos sólo tienen por finalidad la política.

La consagración de la garantía del pleno ejercicio de los derechos políticos en el nuevo art. 37 introducido por la reforma constitucional de 1994 completa, de alguna manera, a la primera generación de derechos humanos ya reconocidos en los arts. 14 y 20, CN para los habitantes de la Nación y para los extranjeros. La doctrina y la jurisprudencia ya los habían recogido a partir de la norma de habilitación del art. 33 con un criterio amplio, a lo que debe agregarse ahora la coordenada de la soberanía popular (ya incluida en la reforma de 1860 para los derechos implícitos) y la razonabilidad de la ley reglamentaria, de acuerdo con lo indicado por el art. 28.

En cuanto al derecho electoral, objetivamente podemos decir que regula la actividad electoral en cuanto a sus sujetos, su objeto, los sistemas electorales, etc. De manera que estudia el electorado, el objeto sobre el que se recaba una determinada opinión (por ej., consulta), o bien, los sistemas. Desde el punto de vista subjetivo, en cambio, descarga la potencia de determinar sujetos para votar o ser elegidos.

En el ámbito del *derecho electoral objetivo* aparece, en primer término, el cuerpo electoral, que es el nombre plural o colectivo con el que se denomina al conjunto de personas que componen el electorado activo y por ello disfrutan del derecho del sufragio. El cuerpo electoral se compone por la suma de los electores. En opinión del profesor Bidart Campos no es un órgano del Estado sino un sujeto auxiliar de éste o del poder [406].

La Constitución Nacional no emplea, sin embargo, la expresión "cuerpo electoral". El art. 45 por su parte, habla de la elección por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires y de la Capital en caso de traslado, en tanto que el nuevo art. 37 en su primera parte señala que *"Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en su consecuencia..."*.

406 BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, cit., vol. 2, "El derecho constitucional del poder".

Para que un individuo pueda componer el electorado activo, debe tener la aptitud básica que es la *ciudadanía*. Otros requisitos generales son la edad mayor a 18 años y la inscripción en el registro o padrón electoral. Desde el año 1947 en que se sancionó la ley 13.010 de voto femenino, dejó también de ser un requisito, para el ejercicio de tales derechos, el sexo masculino.

En otros regímenes políticos pueden exigirse requisitos especiales tales como: propiedad, riqueza o renta (voto censitario) o instrucción o valor personal (voto calificado). También existen sistemas de sufragio reforzado, ya sea plural, múltiple o familiar.

Se denomina electorado pasivo a los individuos que tienen capacidad política para ser designados. La Constitución establece, en cada caso, los requisitos necesarios para ser presidente o vicepresidente, senador nacional o diputado nacional.

El objeto de nuestro derecho electoral en el orden federal radica principalmente en la designación de los gobernantes, de manera que hace al procedimiento de formación de los órganos de gobierno.

Desde la reforma constitucional de 1994 y a la luz del nuevo art. 40, el cuerpo electoral puede ser convocado a opinar sobre algún determinado tema por el mecanismo de la llamada "consulta popular". Tal consulta puede consistir en un proyecto de ley en cuyo caso deberá ser convocada por el Congreso y no podrá ser vetada por el Poder Ejecutivo, o una consulta popular no vinculante sobre una materia de competencia propia del Poder Ejecutivo.

La incorporación de los arts. 39 sobre iniciativa popular y 40 sobre consultas al electorado, abren nuevas formas de participación política por parte del electorado dentro del marco limitado que establece la Constitución Nacional, sin por ello desnaturalizar la esencia del sistema representativo-republicano, establecido en los arts. 1° y 22, este último expresamente señala: *"El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición"*.

7. Los sistemas electorales

Los sistemas electorales se definen como mecanismos para transformar votos en cargos o en bancas. Siguiendo una polémica clásica entre Bahegot y Stuart Mill, se dividen en "mayoritarios" y "proporcionales", de modo que los primeros tienden a asegurar la gobernabilidad del sistema político a partir de la fácil conformación de mayorías en los cuerpos colegia-

dos, en tanto que los segundos tratan de reflejar lo más fielmente que sea posible la composición pluralista de una determinada sociedad política, buscando que el parlamento, en su caso, sea como un espejo, reflejo o "caja de resonancia" de esa sociedad.

Una cuestión previa e importante a determinar es que ningún sistema electoral es neutro o inocente. Todos tienen una tendencia que tiende a favorecer un determinado resultado, ya sea la representación o la gobernabilidad. Entre ambos términos se desenvuelve la dialéctica de esta interesante y compleja cuestión.

A lo largo de nuestra historia institucional, hemos tenido distintos sistemas electorales, ello en virtud de que la reglamentación de la materia corresponde a la zona de reserva de ley del Congreso de la Nación. La reforma constitucional de 1994 enfatizó ese aspecto en la última parte del art. 77, cuando dispone que 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. Esa disposición debe, a su vez, complementarse con el art. 99, inc. 3° en cuanto excluye la materia electoral y de partidos políticos de los decretos de necesidad y urgencia.

La ley 140 de 1857, a poco tiempo de sancionarse la Constitución histórica, fijaba el sistema de lista completa o plural de manera que quien ganaba llevaba todos los cargos legislativos en disputa. No sólo era una manera de asegurar la gobernabilidad sino también la hegemonía de los sectores conservadores de la sociedad que afirmaban su predominio en las urnas a través del voto público o "voto cantado" y facultativo. La oposición congregado por entonces primero en la Unión Cívica Nacional, y más tarde en la Unión Cívica Radical, hizo de la abstención electoral un argumento de lucha política en pos del voto secreto y obligatorio que se alcanzaría recién en 1912 con la llamada Ley Sáenz Peña.

La ley 8871 de 1912, conocida como Ley Sáenz Peña de voto universal, secreto y obligatorio, implicó en los hechos un gran avance democrático al permitir la participación masiva del electorado. La nueva ley planteó, como cuestión novedosa, la representación de la minoría por un sistema llamado de "lista incompleta", en el que correspondían 2/3 de bancas al partido que obtenía la mayor cantidad de votos y 1/3 al partido que le seguía en el orden de votación. Un sistema similar es el que se sigue actualmente para elegir senadores nacionales, toda vez que de los tres senadores que representan a una provincia, dos bancas corresponden al partido político que obtiene el primer lugar y la restante al partido político que obtuvo el segundo lugar (conf. art. 54, CN).

La ley 4161 de 1904, inspirada por Joaquín V. González como ministro del Interior y la ley 14.032 de 1951, en tiempos de Juan D. Perón, implantaron el voto uninominal por circunscripciones. No obstante que por la primera de esas leyes llegó al Congreso el primer diputado socialista de América, que fue Alfredo L. Palacios, electo diputado por el barrio de La Boca, se trata de un sistema que favorece a los partidos hegemónicos o "grandes" y afecta las posibilidades de los partidos chicos para captar las preferencias en cada circunscripción ante los grandes aparatos partidarios. En especial eso se agrava cuando la delimitación de las circunscripciones territoriales es arbitraria, como ocurrió con la ley de 1951, produciéndose el fenómeno que se conoce como *gerrymandering*, que quiere decir "la salamandra de Gerry", tal era la forma que parecía tener una circunscripción establecida por un gobernador estadounidense con ese apellido.

El sistema de representación proporcional fue establecido por primera vez entre nosotros para la elección de convencionales constituyentes de 1957 y posteriormente para las elecciones generales para diputados en 1963. Es el sistema que fija actualmente el Código Electoral Nacional (ley 19.945), bajo la modalidad creada por el belga Víctor D'Hontd y que es conocida como "sistema D'Hontd". Se trata de un sistema de "listas", de manera que los electores votan por una lista ordenada de candidatos que presenta cada partido. Por el mismo la totalidad de los votos alcanzados por cada partido se dividen por uno, dos, tres y números sucesivos; determinándose una cifra repartidora o número base, por encima del cual se ubicaban tantas bancas como parciales haya obtenido cada partido. En nuestro caso el sistema D'Hont se combina además con un piso o "umbral mínimo de votos (3%) que debe alcanzar cada partido respecto del total escrutados, a fin de asegurar un grado de representatividad adecuado y no disperso de la voluntad general.

Ejemplo práctico: Hay 6 bancas a repartir y se ha producido el siguiente resultado electoral: Partido A 120.000 votos; Partido B 90.000 votos y Partido C 50.000 votos. Corresponde dividir cada resultado por 1, 2, 3, 4, 5, 6 (hasta el número de bancas a cubrir).

Partido A (120.000 votos)	**Partido B (90.000 votos)**	**Partido C (50.000 votos)**
1 = 120.000	1 = 90.000	1 =50.000
2 = 60.000	2 = 45.000	2 = 25.000
3 = 40.000	3 = 30.000	3 = 16.666
4 = 30.000	4 = 22.500	4 = 12.500
5 = 24.000	5 = 18.000	5 = 10.000
6 = 20.000	6 = 15.000	6 = 8.333

A continuación se ordenan los resultados en orden decreciente:

1. 120.000 partido A un diputado.
2. 90.000 partido B un diputado.
3. 60.000 partido A un diputado.
4. 50.000 partido C un diputado.
5. 45.000 partido B un diputado.
6. 40.000 partido A un diputado (cifra repartidora = 40.000).

Sumando los diputados por partido da la siguiente cifra:
— Partido A 3 diputados.
— Partido B 2 diputados.
— Partido C 1 diputado.

Salvo en los períodos en que rigió el voto uninominal, el sufragio ha sido plurinominal o por listas de candidatos (tanto para lista completa como para lista incompleta) y el de representación proporcional, ya sea o no posible testar o reemplazar candidatos en la lista (se llama lista "bloqueada" o "cerrada" cuando está prohibido hacerlo).

Éste es un tema de gran actualidad por los cuestionamientos frecuentes a la llamada "lista sábana" (en realidad es la lista bloqueada o cerrada la cuestionada). La lista sábana es otra cosa; es cuando se eligen distintas autoridades para distintas jurisdicciones en un mismo acto (concejales, diputados, gobernador, senadores, intendentes, etc.) en boletas unidas por troquel o separadas por líneas punteadas a separar mediante cortes de tijera, etc.

En materia de cuestionamiento a las listas cerradas es necesario advertir que todo cambio de sistema electoral supone la opción por otro que también traerá aparejadas otras consecuencias. La representación proporcional por sistema D'Hontd significó en su tiempo un claro avance en materia de participación de partidos más chicos, y es de señalar que las listas "largas" de diputados aparecen en nuestro país en las elecciones de renovación de cargos solamente en los distritos o provincias grandes, pero no en las más chicas o medianas donde los representantes son bien conocidos.

Si de lo que en realidad se trata es de una mayor demanda de participación en la vida interna de los partidos políticos, que deben adecuarse a principios democráticos conforme lo prescribe el nuevo art. 38, CN, debe tenerse en cuenta que la ley 25.611 ha establecido la obligatoriedad de las elecciones internas abiertas para todos los partidos políticos en forma simultánea en un mismo acto, controlado por la justicia federal con competencia electoral. Tal sistema es utilizado de manera obligatoria y en una misma fecha en la República Oriental del Uruguay y ha sido propugnado por importantes representantes de nuestra doctrina [407].

[407] SPOTA, Alberto A., "Propuesta de primarias abiertas para los partidos políticos argentinos". *Revista de Derecho Constitucional y Político*, nro. I, Instituto de Derecho Constitucional y Político de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1982.

Otro sistema electoral utilizado en nuestro país, es el sistema mayoritario de doble vuelta para elegir presidente y vicepresidente de la Nación, de manera que un vez realizada la elección, si ninguno de los candidatos alcanza la mayoría absoluta se realiza una segunda votación entre los dos más votados. Ese sistema que es el *ballotage* de origen francés, tiende a obtener una mayor legitimidad en el presidente de la Nación, fue adoptado en la reforma provisional de la Constitución de 1972. En la Constitución Nacional reformada se adoptó una modalidad particular de doble vuelta, de manera tal que una fórmula gana en primera vuelta si obtiene el 45% de los votos válidos emitidos o más del 40% si obtiene más de diez puntos porcentual sobre el segundo (arts. 94 a 98, CN).

En la Constitución Nacional coexisten distintos sistemas electorales. Así, para presidente y vicepresidente de la Nación rige la elección directa con doble vuelta si ningún candidato alcanza la diferencia exigida por el art. 98. Para diputados nacionales rige la elección directa por simple pluralidad de sufragios (art. 45, CN), en tanto que para senadores nacionales, la Constitución reformada en 1994 introdujo el nuevo art. 54, estableciendo la elección directa de tres senadores por provincia, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga la mayoría en cada distrito y la banca restante al partido político que obtenga el segundo lugar. Las modalidades propias de cada elección, en cada categorías de cargos, se encuentran regidas por el Código Electoral Nacional (ley 19.945, t.o. 1983, con sus modificatorias).

8. El sufragio

Es un derecho público subjetivo de naturaleza política que consiste en el derecho que tienen los ciudadanos de elegir, ser elegidos y participar en la organización y actividad del poder en el Estado. Debe distinguirse el sufragio del voto. Mientras el primero es un derecho, el segundo constituye un acto.

La función electoral consiste en la selección y nominación de las personas que han de ejercer el poder en el Estado, en tanto que las elecciones son técnicas o procedimientos de selección de la dirigencia política. Mediante ellas, el pueblo elige a sus autoridades. Los que son elegidos se denominan candidatos, en tanto los que eligen se denominan electores. La suma de electores conforma el cuerpo electoral.

En cuanto a la naturaleza jurídica del sufragio, hay distintas concepciones que lo presentan, ya sea como un privilegio (resabio feudal), un derecho de los ciudadanos o una función jurídica. Para Joaquín V. González reviste

tanto el carácter de un derecho, como el de un deber y el de una función político-jurídica; en tanto que para Rafael Bielsa se trata tanto de un derecho como de una atribución otorgada por la ley.

Entre quienes consideran al sufragio como una función pública podemos mencionar a Segundo V. Linares Quintana; también Carlos Sánchez Viamonte lo caracteriza como un complejo de derechos y deberes; y Juan A. González Calderón para quien es un poder político que fundamenta una función pública.

El art. 37, CN en su segundo párrafo señala que el sufragio es *universal, igual, secreto y obligatorio*, recogiendo así la tradición en materia electoral que arranca desde la Ley Sáenz Peña 8871. La última parte del mismo artículo favorece la adopción de acciones que tiendan progresivamente a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos y partidarios. La ley 24.043 ya consagró este criterio a partir del llamado "cupo femenino" o "cuota de género", fijando la obligatoriedad de incluir un mínimo del 30% de mujeres en las listas de candidatos para elecciones nacionales, la cual se ha venido aplicando desde 1992 con regular éxito en cuanto a los objetivos perseguidos por la norma.

La competencia en materia electoral y de partidos políticos corresponde a los jueces federales con competencia electoral, uno por cada distrito electoral del país, que coincide con el territorio de cada provincia. El tribunal de alzada es la Cámara Nacional Electoral, compuesta de una sala única de tres jueces de cámara para todo el país, cuyos fallos tienen carácter plenario (art. 6°, ley 19.108) siendo obligatorios tanto para los jueces federales con competencia electoral como para las juntas electorales nacionales que en tiempo de elecciones se conforman en cada distrito y que se integran con el juez federal electoral, el presidente de la Cámara Federal de Apelaciones correspondiente al distrito y el presidente del superior tribunal de provincia.

El carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral es fuente de derecho de mucha importancia para establecer criterios de interpretación muy frecuentes en problemas derivados de la aplicación del Código Electoral Nacional, la Ley de Partidos Políticos y legislación complementaria.

Así por ejemplo, respecto de un tema de actualidad, como es el cómputo de los votos nulos o de los votos en blanco, la Cámara Nacional Electoral ha señalado que "...la finalidad del sufragio consiste en posibilitar la expresión democrática de la voluntad política del pueblo, éste organizado como cuerpo electoral que está integrado por los votantes que lo emiten en blanco, y sólo en la medida en que el acto mediante el cual se manifiesta esa voluntad no reúna los requisitos necesarios para la obtención de su finalidad habrá de considerarse nulo... El voto en blanco ha sido emitido y constituye la expresión de una voluntad de naturaleza política, aun cuando no se manifieste en forma positiva" (C. Nac. Electoral, *in re* "Mera, Jorge. Lista Causa Radical v. Unión Cívica Radical", LL 1987-D-360 y ss.).

Para decirlo de otro modo, los votos valen o no valen, son o no son. Es decir, entonces, que los votos en blanco no pueden constituir otra cosa que una subcategoría de una de las categorías que marca el art. 101 del Código Electoral Nacional (votos válidos y votos nulos). Y en tal medida y en ausencia de una norma expresa que diga otra cosa, desde un punto de vista jurídico no cabe sino considerarlos como incluidos sustancialmente en la categoría de los votos válidos.

9. Los partidos políticos

El fenómeno de los partidos políticos está enclavado en el marco del sistema representativo, por lo que es necesaria una breve referencia a éste a fin de ubicar su posición dentro del marco político-constitucional.

Es sabido que en las democracias modernas, el poder no lo ejerce directamente el pueblo como ocurría en la antigua Grecia. Razones materiales imposibilitan este hecho. Por ello apareció como remedio natural la representación política y con ella, el sistema representativo que se origina dentro del marco de lo político luego de las revoluciones francesa y norteamericana.

El pueblo no gobierna directamente sino que lo hace a través de sus representantes (art. 22, CN). Éstos no lo son de quienes los eligieron, sino de toda la Nación en su conjunto (art. 44, CN). Por ello es que cualquier ciudadano podría ser elegido por cualquier semejante sin más condición que la idoneidad y cumplir con los requisitos que exige la Constitución Nacional para el cargo de que se trate.

Esa idea de la representación política (mandato representativo) se desvirtuó con la aparición de un nuevo fenómeno social motivado por la irrupción de las masas en el poder: los partidos políticos. En un principio fueron agrupaciones de individuos reunidos con fines puramente electorales. Pero luego se fueron fortaleciendo detrás de una ideología común y de una doctrina. La palabra partido proviene de *parte*, con ello se refleja justamente que cada partido representa una parte de las ideas de la comunidad política, por ello resulta una contradicción hablar de la posibilidad de un "partido único".

Para Duverger, los partidos políticos son "intermediarios" entre el pueblo y el gobierno, es decir, entre los electores y los elegidos [408]. Esa intermediación se hace notoria en cuanto son los partidos quienes proponen y desig-

[408] DUVERGER, Maurice, *Instituciones...*, cit.

nan los candidatos que votarán los ciudadanos en la elección. En ese caso las leyes sobre partidos políticos en nuestro país, a partir de la 6652 (Ley Illia) hasta la 23.298 actualmente vigente, han otorgado a los partidos políticos el monopolio para proponer candidaturas al electorado (art. 2º, ley 23.298).

La posibilidad de que un candidato presente una candidatura independiente ha sido descartada por la Cámara Nacional Electoral y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Antonio Ríos", resuelto antes de la reforma constitucional de 1994, se trataba de un profesor y abogado correntino que pidió la oficialización de su candidatura a diputado nacional, resolviéndose en el fallo que los partidos cumplen una función de "reducción" de las distintas ideologías y ofertas electorales y la participación de los ciudadanos no queda desvirtuada por las posibilidades que todos tienen de afiliarse libremente y participar de la vida política partidaria y ser electos candidatos dentro de una partido.

Sin embargo, otros países, como Estados Unidos, admiten las candidaturas independientes. La demanda de una mayor participación ha vuelto a poner el tema sobre el tapete en la reforma constitucional de 1994 cuando se trató la incorporación del nuevo art. 38 que trata sobre los partidos políticos. En ese artículo no se determinó que éstos tuvieran el monopolio de las candidaturas, sino se estableció que tienen "competencia" para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos. De manera que la actual prohibición a candidaturas independientes no parte de la Constitución sino de la ley, pudiendo una decisión legislativa del Congreso cumpliendo con las mayorías requeridas por el art. 77, CN, modificar el criterio sobre el particular.

Mucho se ha debatido acerca de la actuación de los partidos en el sistema democrático. Se ha dicho que desnaturalizan la idea de representación, pues de ellos surgen los hombres y mujeres que en definitiva elegirá el electorado; tanto es así que en muchos países se sostiene la necesidad de elecciones primarias abiertas de los partidos, criterio que adoptó la República Oriental del Uruguay y nuestro país con la sanción de la ley 25.611. Otro punto que hace a dicha discusión es el tema de la disciplina partidaria, sobre todo en lo que se refiere a la disciplina del voto.

Pero más allá de toda discusión teórica o jurídica, los partidos son un hecho de la realidad. Su explicación es más sociológica que jurídica, ya que se presentan como mecanismos lícitos de control social que canalizan conflictos, pues ordenan las distintas ideas en disenso dentro del cuerpo social. La democracia no suele presentar consenso unánime sino que por el contrario, se trata de convivir en el disenso y precisamente los partidos políticos canalizan ese disenso.

Desde el punto de vista sociológico también constituyen canales de acceso al poder, siendo esa finalidad la que los diferencia de otras agrupaciones como los grupos de presión.

Siguiendo otra vez a Duverger, podemos clasificar a los sistemas de partidos políticos en tres grandes categorías: a) monopartidistas (totalitarismos. Partido único), b) bipartidistas, c) pluripartidistas, correspondiendo estas dos últimas categorías a los sistemas democráticos. Para Floria, en el caso del partido único no existiría partido de sistemas, sino sistema-partido.

Antiguamente, los partidos políticos eran considerados como una amenaza para el Estado y, a la vez, como un peligroso fermento de discordia civil susceptible de afectar seriamente la estabilidad estatal. Pero bajo el influjo de la concepción democrática del gobierno, toda idea errónea ha sido sustituida por la que entiende que las agrupaciones partidarias adecuadamente organizadas constituyen factores esenciales dentro del proceso democrático.

Cuando George Washington, en su discurso de despedida de la presidencia, hizo severas advertencias contra las "facciones", calificaba así a los grupos de opositores a los federalistas que ocupaban el gobierno sin concebir la existencia de partidos contrarios. En "Farewell Address" dedicó su atención a combatir el espíritu de partido que, según creía, tendía a sustituir la voluntad delegada de todo el cuerpo electoral por la de una minoría de políticos hábiles y emprendedores. Una opinión similar encontramos en nuestra historia constitucional, en las cartas en que Justo José de Urquiza mencionaba a los partidos cómo "facciones sediciosas".

Tal contexto y clima intelectual explica que nuestra Constitución histórica de 1853-1860 no haya contenido normas sobre partidos políticos, no obstante la doctrina ampliamente mayoritaria consideró que los mismos estaban incluidos en cuanto son una condición necesaria de la forma republicana de gobierno.

En tal sentido, José Nicolás Matienzo señalaba que si bien la Constitución Nacional no contenía expresamente la palabra "partido", presuponía tácita y necesariamente su existencia al establecer como regla para la elección de las autoridades la pluralidad o mayoría de sufragios. No puede haber pluralidad sino cuando las opiniones están divididas y toda división de opiniones significa la formación de partidos más o menos arraigados en el sentimiento popular con ciertos derechos para pretender dirigir la cosa pública.

Los partidos no pueden mirarse con odio ni con exclusión absoluta, pues en el engranaje creado por la Constitución se complementan y contrapesan por su acción contradictoria. Señalaba Hans Kelsen que la democracia necesaria e inevitablemente requiere un sistema de partidos. Y en el mismo sentido explicaba James Bryce en *The american commonwealth* lo siguiente "...el espíritu y la fuerza de los partidos han sido tan necesarios para el funcionamiento de la máquina gubernativa como el vapor para la locomotora o, lo que es lo mismo, para cambiar la comparación, la asociación y organización de los partidos son, para los órganos del gobierno, lo que los nervios motores para los músculos, tendones y huesos del cuerpo humano.

Transmiten la fuerza motriz, indican las direcciones en que han de moverse los órganos".

Tal vez recogiendo todos esos argumentos y constatando circunstancias evidentes de la realidad, el constitucionalismo de postguerra ha consagrado con jerarquía constitucional a los partidos políticos, del mismo modo en que lo hace el nuevo art. 38 incorporado a la Constitución Nacional por la reforma de 1994, que los considera en su primer párrafo *"instituciones fundamentales del sistema democrático"*.

El nuevo artículo incorpora también varios postulados del derecho político: la necesaria forma de organización y funcionamiento interno con contenidos democráticos; la representación de las minorías en el gobierno de los mismos; la ya referida "competencia" para proponer candidaturas para las ofertas electorales a cargos públicos electivos; y el derecho a la difusión de sus ideas a través de los medios junto con el acceso a la información pública.

Otro tema importante, tratado por la norma constitucional, es el relativo al financiamiento de los partidos políticos. La solución alcanzada en la Convención Nacional Reformadora equilibra la responsabilidad primaria del Estado al sostenimiento económico de sus actividades y a la formación de sus cuadros y la obligatoriedad de dar publicidad del origen y destino de los fondos privados recibidos y del patrimonio de los partidos políticos.

Señalaba Max Weber que uno de los puntos más oscuros y difíciles de desentrañar dentro del sistema democrático es el del financiamiento de los partidos políticos. En este tema se han registrado singulares avances al ser sancionada por el Congreso la ley 26.500 de control patrimonial de los partidos y por la sentencia plenaria de la Cámara Nacional Electoral de marzo de 2002 en la causa del "Partido Nacionalista Constitucional", donde se instruye a los jueces federales con competencia electoral acerca de pautas estrictas a seguir actuando de oficio y con el auxilio de peritos, a fin de asegurar la transparencia en el control de gastos y recursos.

Es menester señalar que sin perjuicio del nuevo art. 38, CN que expresamente considera a los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático, la jurisprudencia ya había admitido su inserción constitucional sobre la base de los arts. 1°, 14, 22 y 33, CN. En tal sentido se consideró el valor de las leyes electorales y de partidos políticos como leyes formalmente constitucionales.

El art. 14, CN, por su parte, reconoce a los habitantes de la Nación el derecho de asociarse con fines útiles. Por su parte, el Dr. Héctor Rodolfo Orlandi consideraba también la inclusión de los partidos políticos en el art. 33, CN, como derechos no enumerados que surgen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

La naturaleza jurídica de los partidos políticos presenta dos ámbitos diferenciados. Uno de ellos es su carácter de asociación civil en los términos del art. 33, CCiv., como persona jurídica y que hace a la existencia del partido y el otro aspecto es la personería jurídico-política para presentar candidatos e intervenir en elecciones que está sujeta a requisitos propios del ley orgánica de partidos políticos 23.298, de manera tal que la caducidad de la personería jurídico-política no implica la extinción de la personalidad civil.

Definidos los partidos políticos como organizaciones permanentes de individuos unidos por una misma concepción política cuya finalidad es la conquista del poder a través del voto del electorado, resta destacar que todo conjunto de personas que enarbola una misma bandera tiene necesidad de una organización interna.

De allí que sin perjuicio de exigir ciertos requisitos de orden público como la adscripción a principios democráticos enunciados en una declaración de principios y en los programas o bases de acción política que obligatoriamente debe presentar cada partido a formarse ante la justicia federal con competencia electoral, todo lo referente a la vida interna partidaria, órganos de conducción, etc., se rige por su respectivo estatuto partidario o "Carta Orgánica" que conforma una verdadera Constitución dentro de la vida interna de cada partido, determinando cómo se eligen sus autoridades y fijando sus órganos. La jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral ha elaborado como *standard* el principio de "regularidad funcional" de donde surge la menor intromisión posible en la vida interna de los partidos, siendo sus órganos respectivos quienes interpreten su funcionamiento con excepción de graves o flagrantes violaciones de las leyes.

La ley orgánica de los partidos políticos argentinos (23.298) establece la posibilidad de existencia de partidos de "distrito" que son los primeros a formarse ante el juez federal con competencia electoral en cada provincia o distrito y los partidos "nacionales" que deben acreditar previamente tener personería en cinco distritos por lo menos. La ley también prevé la posibilidad de fusiones y confederaciones de partidos. Las alianzas electorales que prevé el art. 10 de la ley sólo tienen por objeto llevar candidatos comunes a una elección determinada y concluyen terminada la elección. Es necesario que las alianzas estén formalmente constituidas, con autoridades y plataforma.

Entre las funciones de los partidos políticos, sobre las que existe amplio consenso en la doctrina, podemos mencionar las siguientes:

a) Educar al pueblo para el ejercicio de sus derechos políticos.
b) Designar los candidatos para ocupar los cargos de gobierno.
c) Proyectar la política del gobierno.
d) Controlar el ejercicio del poder político.
e) Orientar la opinión política del país

f) Dinamizar la vida política proponiendo nuevas clases dirigentes.

Con toda razón se ha dicho que si bien la democracia no puede vivir sin partidos organizados, puede morir por la acción de los partidos. Por eso, porque las agrupaciones políticas pueden llegar a ser la vida y la muerte de la democracia, es que nadie discute hoy la necesidad de su reglamentación.

10. La iniciativa popular

Antes de la reforma de 1994, la mayoría de la doctrina consideraba inviables, en nuestro sistema, las llamadas "formas de democracia semidirecta" por entender que las mismas se contraponían con el art. 22 cuando afirma que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes o autoridades creadas por la Constitución. Esa limitación ha cedido con la sanción constitucional de los arts. 39 y 40 que, sin embargo, deben armonizarse con el art. 22 por el principio de unidad interpretativa.

En ese sentido, pensamos que si bien el constituyente aumentó los niveles de participación ciudadana, nuestro sistema sigue siendo representativo por la fuerza declarativa de los arts. 1° y 22. Nótese que si bien la iniciativa popular es un importante avance, no limita el monopolio legislativo del Congreso porque será solamente ese órgano el que sancione o no la ley que un número determinado de ciudadanos someta a su consideración, cumpliendo con las condiciones del art. 39. La fuerza del nuevo instituto está en la fuerza popular y el consenso que significa la iniciativa en sí misma.

De esa manera, se ha incorporado a la Constitución un derecho de iniciativa que viene a ensanchar la base de ejercicio de la soberanía popular, a partir de la introducción de este importante instrumento de la democracia participativa. Las constituciones provinciales, reformadas desde 1983 a la fecha, han venido recogiendo este nuevo derecho, con escasa práctica aun, pero de indudable fuerza en materia de representatividad popular.

La norma excluye expresamente la posibilidad de iniciativas en materia de reformas constitucionales, tratados internacionales, presupuesto y materia penal, y estableció que la ley reglamentaria no podría exigir más del 3% del padrón electoral para que las presentaciones fuesen aceptadas. La ley reglamentaria 24.747 fue sancionada el 27/11/1996 y promulgada el 19 de diciembre del mismo año y exige un piso mínimo del 1,5% del padrón electoral utilizado en la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis (6) distritos electorales con el fin de mantener un equilibrio federal, excepto que la iniciativa se refiera a una cuestión de alcance regional, en cuyo caso bastará que se encuentren representados los distritos de esa región.

Previo a la iniciación en la Cámara de Diputados, la justicia nacional electoral verificará por muestreo la autenticidad de las firmas en un plazo no mayor de veinte (20) días, prorrogables por resolución fundada del tribunal. El tamaño de la muestra no podrá ser inferior al medio por ciento (0,5%) de las firmas presentadas. En caso de impugnación de firma, acreditada la falsedad se desestimará la misma del cómputo de firmas para el proyecto de iniciativa popular, sin perjuicio de las demás acciones penales a que hubiere lugar, la planilla de adhesiones es documento público. En caso de verificarse que el cinco por ciento (5%) o más de las firmas presentadas sean falsas, se desestimará el proyecto de iniciativa popular (art. 7°, ley 24.747).

Las presentaciones deben efectuarse en la mesa de entradas de la Cámara de Diputados y una vez cumplido su ingreso con todos los requisitos, el Congreso está obligado a darle tratamiento dentro del plazo de doce (12) meses. A los fines de facilitar a la ciudadanía el cumplimiento de los requisitos que establece la ley 24.747, en cuanto al número de adhesiones por distrito, una acordada de la Cámara Nacional Electoral ha admitido que las presentaciones de las listas de adhesiones con las firmas puedan hacerse directamente ante dicha Cámara, la que remitirá los listados a cada Secretaría Electoral para realizar las certificaciones correspondientes.

11. El referéndum y el plebiscito

En igual sentido que la iniciativa, la figura de la consulta popular amplía los márgenes de la participación ciudadana en la toma de decisiones del gobierno, sin alterar los límites del art. 22. La consulta puede ser sometida por decisión del Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados (que incorpora una facultad exclusiva a las ya enumeradas en el art. 52), consulta que en ese caso será vinculante. Puede tratarse de una consulta no vinculante cuando es convocada por el presidente de la Nación.

Los dos institutos de democracia semidirecta incorporados en el art. 40, son los que en la doctrina se denominan respectivamente *referéndum* y *plebiscito*. El referéndum es un proceso de consulta a los ciudadanos, a los efectos de que éstos se expresen sobre actos de gobierno de carácter legislativo. Puede ser facultativo u obligatorio, según que la Constitución deje librado al criterio del Poder Legislativo convocar a un referéndum o, al contrario, lo exija como condición *sine qua non* para la sanción de determinadas normas. El referéndum consultivo es el que se realiza para conocer la opinión del pueblo sobre un proyecto de ley que aún no ha sido sancionado o se halla a estudio. Sus efectos pueden ser vinculantes o no vinculantes para el Poder Legislativo. En el segundo caso se trata de un verdadero referéndum y es el caso del primer párrafo de nuestro art. 40.

El plebiscito se diferencia del referéndum en que el primero es esencialmente consultivo y el objeto de la consulta no consiste en la aprobación o desaprobación de una norma jurídica, sino que ella versa sobre una acto o

una decisión de carácter político. La doctrina constitucional francesa, basada en la experiencia de los plebiscitos napoleónicos, entiende que el plebiscito es una especie de "referéndum imperfecto", por cuanto ofrece otra alternativa al cuerpo electoral, más que aceptar o rechazar un acto elaborado previamente. En nuestro país, cabe citar el antecedente del plebiscito convocado por el dec. 2272/1984, para aprobar o rechazar el proyecto de tratado con Chile resolviendo la cuestión fronteriza del Canal de Beagle, que casi lleva a la guerra entre los dos países.

La ley reglamentaria es la 25.432, sancionada el 23/5/2001 y promulgada tácitamente el 21/6/2001, que trata sobre la consulta popular vinculante y no vinculante. La norma ha sido criticada por la doctrina toda vez que establece requisitos de procedencia y mayorías calificadas que aumentan las restricciones a su ejercicio respecto de lo establecido en la Constitución.

Así, por ejemplo, para la consulta popular vinculante (referéndum) se exige que la convocatoria del Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados sea en sesión especial y aprobada por mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara (arts. 1° y 2°, ley 25.432) y será válida la consulta cuando haya votado al menos el 35% de los empadronados (art. 4°, ley 25.432).

Respecto de la consulta no vinculante (plebiscito), la convocatoria del Poder Ejecutivo debe serlo mediante decreto firmado por todos los ministros, o el Congreso por mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara (art. 7°, ley 25.432). La consulta deberá realizarse en un plazo no inferior a los 60 días y no superior a los 120 días, desde la fecha de publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial (art. 12), no se computarán los votos en blanco (art. 13), y no podrá coincidir con otro acto eleccionario (art. 14).

12. El derecho al ambiente y el sano equilibrio

La consagración constitucional de un derecho a un medio ambiente sano y equilibrado fue uno de los temas de mayor interés para los convencionales constituyentes de 1994, como lo demuestran los ciento veinticuatro (124) proyectos presentados. Ese interés refleja una tendencia mundial de conciencia ecológica que está plasmado en numerosos documentos internacionales y constituciones nuevas, como las sancionadas en muchas provincias argentinas. Las encuestas de opinión, publicadas en tiempos en que sesionaba la Convención en Santa Fe, colocaban al tema ambiental al tope del *ranking* de preferencias ciudadanas por los temas tratados, de modo tal que la cantidad de iniciativas reflejaron, al mismo tiempo, una interpretación de la voluntad ciudadana.

Pero esa cantidad de proyectos representó, al mismo tiempo, la mayor dificultad a la hora de redactar la norma que finalmente sería el art. 41 de la Constitución reformada. La conciliación y "negociación" entre distintos

sectores políticos y distintos grupos ideológicos tuvo como resultado una "transacción" que fue en detrimento de la redacción y de su precisión desde el punto de vista jurídico; esto a pesar de que la intervención de la Comisión redactora mejoró —sustancialmente— la defectuosa redacción que resultara de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías. De ese modo, hay una cantidad de aspectos importantes que no fueron resueltos por el constituyente y que será menester que lo haga el legislador, so pena de que la nueva incorporación se torne una norma meramente declarativa. Así ocurre con la "reparación del daño ambiental", donde deberá definirse si se aplican las normas generales del derecho común en materia de daños y perjuicios o si deberá diseñarse una nueva modalidad; sucede otro tanto con el problema de la legitimación activa en cuanto a la procedencia o no de los llamados "intereses difusos".

Parecería que el constituyente prefirió eludir el problema al colocar una palabra que no tiene ubicación en las categorías jurídicas tradicionales, como lo es el término "afectado". El hecho es que en este punto subyace la dialéctica medio ambiental que contrapone el desarrollo económico a la preservación ecológica; la polémica estuvo presente en la Convención Reformadora de Santa Fe y los apuros que la caracterizaron culminaron por dejar esta importante materia sin definir, relegándola a otras instancias. El debate ya está planteado y, como suele ocurrir, ya se han manifestado los extremos. Por un lado, en las jornadas convocadas por la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano y por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, a fines de 1994, a la que concurrieron representantes del sector empresario, se concluyó que el término afectado debía asimilarse a "derecho subjetivo". Por otro lado, en el fallo "Shcoeder v. Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano s/amparo", un juez de primera instancia hizo lugar a una amplia legitimación activa, asimilando la condición de "afectado" a la de simple habitante de la provincia de Buenos Aires, cuando se discutía la instalación de una planta de tratamiento de residuos en terrenos del "Cinturón Ecológico".

El legislador deberá, entonces, diseñar los límites de esa legitimación que, a nuestro juicio, debe buscar el equilibrio en un punto medio entre los extremos recién reseñados: debe ser tan amplia como para cumplir el objetivo tutelar, pero limitada a quienes realmente reciben el impacto de un ponencial daño. Lo más difícil será liberarla de las connotaciones políticas que el fallo "Schoeder" exhibe; el registro de asociaciones autorizadas para ejercer una suerte de acción colectiva (art. 43) no debe limitarse a grupos ecologistas militantes sino que debe contemplar las entidades con más prestigio del país y, aun, las del sector productivo, porque el medio ambiente no debe ser patrimonio de unos pocos sino una preocupación de todos. Pensamos, en definitiva, que una solución integral a la problemática procesal del medio

ambiente, y al problema concreto de la legitimación activa, debe encontrarse en el tratamiento sistemático de una ley de amparo que contemple todos los casos y, en especial, el amparo colectivo.

No menos importante es el problema de la delimitación de competencias, en sentido vertical (utilizando la terminología de Loewenstein), es decir, entre la Nación y las provincias; la solución propuesta por el constituyente no define el problema, y, lejos de esto, deja abierto el camino a que se presenten conflictos jurisdiccionales, toda vez que el dominio originario de los recursos naturales es de las provincias y éstas ejercitan, además, el poder de policía en materia de salubridad. La incorporación de una categoría extraña al derecho público argentino, como lo es introducir una ley de "bases" o de "presupuestos mínimos", se contrapone a la distribución de competencias del federalismo argentino, asentada Sobre la clásica partición entre leyes "de fondo" y "de forma".

Todas estas "cuestiones pendientes" que resultan del texto introducido por la reforma de 1994, nos indican que, en definitiva, el mayor aporte del art. 41 ha sido el principio declaratorio del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado para las generaciones presentes y futuras. Este aporte tiene valor relativo si se tienen en cuenta las declaraciones internacionales firmadas por nuestro país y los tratados de derechos humanos que han sido incorporados, con jerarquía constitucional, por la propia reforma en el art. 75, inc. 22.

Sin duda, lo más importante, lo fundamental, ha sido la incorporación axiológica de un nuevo "valor" al plexo dogmático de la Constitución Nacional, aun cuando los aspectos instrumentales estén pendientes.

El análisis no puede llevarnos a otra conclusión más que a ser sumamente críticos con el constituyente. En efecto, la protección del medio ambiente no presentaba ningún obstáculo en la Constitución histórica de 1853-1860; por el contrario, se la ubicaba como uno de los derechos "no enumerados" del art. 33 y su previsión como derecho colectivo ya había sido adelantada por Bartolomé Mitre en 1860, en la Comisión *ad hoc* que incorporaría las reformas propuestas por Buenos Aires a la Constitución de 1853.

El Código Civil, trató la cuestión en las notas de Vélez Sarsfield en las restricciones y límites al dominio, otro tanto ocurrió con las restricciones administrativas, la legislación laboral, etc.; y la jurisprudencia de la Corte, desde sus primeros fallos, reconoció el ejercicio del poder de policía (local) por razones de salubridad. En aquellos recordados tiempos en que no cabía restringir los derechos individuales en materia económica (caso "Hileret v. provincia de Tucumán") sí cabía, en cambio, hacerlo por razones de salubridad (fallo "Los Saladeristas de Podestá").

No queremos decir que en este tema la reforma haya sido injustificada o innecesaria; aunque sí decimos que fue insuficiente, porque no fijó los principios constitucionales básicos de la materia.

Queda pendiente, por lo tanto, una importante tarea legislativa que toca a la doctrina y a los estudiosos del derecho ambiental ilustrar y encauzar; quedan también pendientes de análisis, otros aspectos del derecho constitucional del medio ambiente que no trató la Convención Reformadora de 1994. Y en esto, me refiero a la problemática del derecho de la propiedad en la que incursionó Ramón Martín Mateo en España.

El nuevo art. 41 introducido en el plexo de la Constitución por el constituyente de 1994 dice: *"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.*

"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.

"Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

"Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

Es importante señalar la resolución adoptada en cuanto a la cuestión de las competencias. Siguiendo los postulados del "federalismo de concertación", que ha defendido y sostenido el Dr. Pedro J. Frías [409], se ha incorporado la figura de la "ley de base" o "ley marco"; la mención a la legislación que contenga "los presupuestos mínimos de protección" en complementación con las facultades de las provincias en la materia, sin alterar las jurisdicciones locales, sugiere la necesaria concurrencia entre Nación y provincias para obtener una mejor protección del derecho consagrado.

La problemática del derecho ambiental ha aparecido con gran fuerza en nuestro medio, siguiendo una tendencia mundial, materializada en distintos tratados internacionales, como la Declaración de Estocolmo (1972), que reconoció, en su primer principio que: "El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna, gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras"; la Convención de Basilea (1989) mediante la cual las partes manifestaron en el Preámbulo que: "Conscientes de

409 FRÍAS, Pedro J., *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

que los desechos peligrosos y otros desechos y movimientos transfronterizos pueden causar daños a la salud humana y al ambiente..."; la Declaración de Rio de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) que proclamó en su primer principio que: "...Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza...", entre otros.

La propia Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la ley 23.054 (BO 27/3/1984), en su art. 22, ap. 2, inc. b), protege el derecho a la salud pública, pudiendo considerarse en este caso, en sentido amplio, que el derecho ambiental se encuentra comprendido en ese contexto. Esa fue precisamente la interpretación que en Europa realizó la doctrina italiana, al considerar la aplicación de la política ambiental como reglamentación del derecho a la salud previsto en el art. 2° de su Constitución [410].

Pero es justo señalar, que la preocupación por el medio ambiente no es nueva, por el contrario, ya se encontraba incorporada en diversas normas de nuestro derecho positivo, como el área laboral a través de la ley 19.587 (BO 21/4/1972) de Higiene y Seguridad; el Código Civil, libro III, tít. VI, De las restricciones y límites del dominio, reguladas por Vélez Sarsfield (arts. 2618 y ss.); en las restricciones del derecho administrativo, en las ordenanzas municipales de salud e higiene; o el ordenamiento jurídico de los recursos naturales.

Pero la novedad aparece en una temática que conmueve los cimientos de la legitimación jurídica para hacer valer el derecho de las generaciones actuales y futuras a un medio ambiente sano [411].

En el plano del derecho constitucional, el derecho a un medio ambiente sano puede ser considerado como uno de los derechos no enumerados, previstos por el art. 33, CN, que se encuadra en el ámbito de la salud y la dignidad de la persona y que, en consecuencia, se corresponde con los derechos que emergen del "principio de soberanía del pueblo" y de la "forma republicana de gobierno".

Tanto es así que en el debate *ad hoc* de la provincia de Buenos Aires para la reforma de la Constitución de 1860, Bartolomé Mitre fundamentó la necesidad de incorporar el actual art. 33, no solamente en sus antecedentes norteamericanos, sino también en la necesidad de proteger los derechos de las generaciones futuras, manifestando que significaba "...ubicar al pueblo

[410] El análisis de este problema fue realizado por los constitucionalistas italianos en el Congreso de la Asociación Italiana de Constitucionalistas de 1990.

[411] Sobre este tema pueden verse los numerosos trabajos publicados por el Dr. Augusto M. Morello en JA.

como ente moral o persona colectiva, como titular de derechos, sacándolo de su mera invocación fáctica establecida en el Preámbulo..." [412].

Existe un problema constitucional que tiene una gran importancia habida cuenta del protagonismo que adquieren los problemas del derecho ambiental y la legislación relativa al mismo, es decir, la competencia entre el Estado federal, las provincias y los municipios en orden a lo establecido por nuestra normativa constitucional.

La Constitución Nacional es limitativa en cuanto a las competencias que se delegan al gobierno federal. La titularidad de los recursos naturales por una parte —y en consecuencia su administración— corresponde a las provincias conforme al art. 121, CN. A ello debemos sumarle el hecho de que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación haya reconocido desde los primeros tiempos el carácter local del "poder de policía", cuya versión más restringida se encontraba limitada a cuestiones de seguridad, moralidad y salubridad pública.

En uno de los primeros fallos de nuestro Alto Tribunal, referido precisamente a un problema ambiental, quedó claramente señalada esta función.

Se trató del caso "Saladeristas Podestá v. Provincia de Buenos Aires" [413], en el cual la Corte señaló que las normas administrativas no acuerdan a los demandados ningún derecho irrevocable para establecer sus saladeros en el Riachuelo de Barracas, pues se limitan a reglamentar esta industria, prescribiendo las condiciones higiénicas a que deben sujetarse, y aun suspendido el ejercicio de ella en aquel punto, cuando la salud pública ha hecho necesaria esta medida, refiriéndose a la ley provincial del 6/9/1871, mediante la cual el gobierno de la provincia de Buenos Aires, suspendió las faenas en los saladeros como el único medio de prevenir el mal, es decir, la contaminación del Riachuelo.

Siguiendo esta línea de razonamientos en materia de competencia, surge con claridad del texto constitucional, que la competencia es "provincial" y el "poder de policía" local. Esta regla tendría como excepción la Capital Federal; los establecimientos de utilidad nacional (art. 75, inc. 30, CN); los ríos navegables conforme al art. 26 y los casos de reglamentación del comercio marítimo y terrestre interjurisdiccional regulados por el art. 75, inc. 13, CN.

El carácter local de la legislación y la jurisdicción en materia ambiental se ve reforzado por la competencia que tienen las provincias para dictar los Códigos de forma. Por esa vía, ya sea en distintas reformas constitucionales o en el dictado de normas procesales específicas, se ha organizado la protec-

[412] Ver RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, t. 4, Peuser, Buenos Aires, 1937, ps. 542/543.

[413] Corte Sup., Fallos 31:273.

ción de los llamados "intereses difusos" ya sea por vía del amparo o por el establecimiento de la figura del *ombudsman* o defensor del pueblo. De modo tal, que el problema de la legitimación para el ejercicio de acciones judiciales en caso de daños al medio ambiente, queda relegado a lo que establezcan las leyes procesales locales.

La idea de que la regulación jurídica de la problemática ambiental es de nivel local se relaciona con la propia naturaleza local de los problemas ambientales, dado que la relación con el medio ambiente es próxima y directa. De ese modo, la competencia local hace a la tutela de los "recursos naturales". Refiriéndose a esta cuestión, el Dr. Pedro J. Frías distingue entre los conceptos de *dominio y jurisdicción*, señalando que mientras el primer término está referido a las cosas, el segundo se refiere a las relaciones; siendo que el ámbito de la jurisdicción corresponde al ámbito en que las relaciones se producen [414].

No obstante, esta idea presenta oposiciones que se fundamentan en la necesidad de elaborar una política nacional en materia ambiental y en los inconvenientes de orden práctico que se derivan de la superposición de distintos tratamientos por parte de cada provincia. Los remedios propuestos van desde la necesidad de una reglamentación federal "exclusiva" (Proyecto Blanco) hasta una reglamentación "congruente" entre la Nación y las provincias (Pacto Federal Ambiental).

En defensa de una competencia única y centralizada se utiliza el argumento de que la competencia federal, en materia ambiental, se fundamenta en el hecho de que se trata de la regulación de derechos fundamentales —como el derecho a la salud— y que el derecho federal, enriquecido por los tratados internacionales sobre la materia, tiene primacía sobre el derecho provincial conforme al art. 31, CN; sin embargo, y como bien lo señala Daniel Sabsay, el hecho de que se encuentren involucrados derechos fundamentales no significa que la competencia para legislar sobre los mismos deba corresponder en todos los casos originariamente al Estado federal [415].

Otros autores han considerado que la competencia federal en la materia debe imponerse tan pronto como el problema ambiental exceda del ámbito de una provincia [416]. Los Dres. Gabriel Jacobo y Carlos Rougés citan como antecedente las leyes de Policía Sanitaria Ambiental y Vegetal sancionadas a principio del XX, de acuerdo con las cuales el gobierno federal puede legislar y aplicar su legislación en los casos que afecten a dos o más provincias [417].

Más atendible resulta el argumento económico, desde el momento en que la Constitución se ha preocupado por organizar el territorio nacional como un solo mercado, libre de aduanas interiores, con libertad de circulación de efectos de producción o fabricación nacional, así como géneros y mercancías de toda clase (arts. 9°, 10, 75, inc. 13), buscando unificar las medidas de política económica. El derecho ambiental, desde ese punto de vista, está relacionado con la política económica. No obstante, la importancia de este argumento, no debe ser interpretado arbitrariamente ni deben desconocerse los claros límites que la Constitución establece en materia de competencia.

Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con aquellas interpretaciones que parten de un debilitamiento del federalismo como argumento para fortalecer —aún más— el centralismo. Desde la óptica del derecho constitucional debe tenerse mucho cuidado en no formular propuestas que vulneren el reparto de competencias de los arts. 121 y 124 y no comenzar a transitar por el terreno de las interpretaciones distorsionantes.

Otras posiciones menos rígidas —a nuestro juicio, más valiosas— avanzan por el camino de los acuerdos hacia el federalismo de cooperación, también en materia ambiental. Australia constituye el ejemplo más nítido a nivel comparado y, con ese ejemplo, en nuestro país se ha avanzado también por el camino de un pacto federal ambiental. A nuestro entender, ese camino es posible en el ámbito de las "facultades concurrentes" entre la Nación y las provincias, que surgen de la aplicación de los arts. 75, inc. 18, y 125, CN, en razón de que la problemática ambiental se relaciona con la "promoción de bienestar". Sin embargo, entendemos que el ámbito de los acuerdos posibles encuentra claros límites en el terreno de las facultades privativas de las provincias.

En Francia, aunque no existe una referencia expresa al medio ambiente en las Constituciones de 1946 y 1958, se ha promulgado una prolija legislación reglamentadora de los principales aspectos que afectan a la protección del paisaje, al régimen forestal, parques nacionales, contaminación y al empleo de energía nuclear. Francia cuenta además, desde 1971, con un Ministerio que coordina con carácter general y gestiona directamente, algunas competencias en materia de medio ambiente.

El sistema de concentración o de control de competencias ambientales en un departamento ministerial ha sido también adoptado por otros países, entre ellos, Estados Unidos, Gran Bretaña y Grecia [418].

[414] Ver FRÍAS, Pedro J., *Derecho público...*, cit.

[415] SABSAY, Daniel A., "Análisis de los proyectos Blanco y Elías, desde la perspectiva constitucional", en *Hacia una legislación fundacional ambiental en la República Argentina*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales.

[416] Así, por ejemplo, el Dr. Guillermo J. Cano, citado por JACOBO, Gabriel - ROUGÉS, Carlos, *Régimen legal de los residuos peligrosos*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

[417] JACOBO, Gabriel - ROUGÉS, Carlos, *Régimen legal...*, cit.

[418] LÓPEZ BELLO, G., *Cuatro estudios sobre casos de protección ambiental: Inglaterra, Suecia, Francia y Estados Unidos*, Caracas, 1973.

La Ley Fundamental de Bonn considera, en su art. 74, materia de legislación concurrente, en la que los *Lander* tienen facultad de legislar en tanto no lo haga la Federación: 11) la legislación en materia de economía (minería, industria, energía, etc.); 11.a) la producción y el aprovechamiento de la energía nuclear con fines pacíficos, la instalación y explotación de plantas al servicio de dichos fines, así como la protección frente a los peligros que puedan derivarse de la liberación de energía nuclear o de la producción de rayos ionizantes, y la eliminación de materiales radioactivos; 20) las medidas de protección en el comercio de productos alimenticios y estimulantes, piensos, semillas y plantas agrícolas y forestales, la protección de la fauna y la flora contra enfermedades y plagas. En tanto que el art. 75 atribuye a la Federación la competencia para dictar las leyes de base sobre: 3) la caza y la protección de la naturaleza y de la estética del paisaje; 4) la distribución de la tierra, la planificación del suelo y el régimen hidráulico. En este caso, a los *Lander* les corresponde la importante tarea de completar la legislación básica federal, debiendo el *Bundesverfassunssngericht* dirimir los casos en los que la legislación de los *Lander* rebasa los límites o contradice lo dispuesto en las leyes.

El art. 9.2 de la Constitución italiana de 1947 asigna a la República la "tutela del paisaje y del patrimonio artístico e histórico de la Nación". Se trata de una norma concebida inicialmente para la mera conservación de las bellezas naturales que ha servido, gracias a una positiva labor hermenéutica doctrinal y jurisprudencial, como principio informador de toda autoridad protectora del medio ambiente.

El problema del medio ambiente ha sido objeto de especial atención en las normas constitucionales de los países socialistas; no obstante que la crisis de esos regímenes ha hecho que la mayoría de esas constituciones pierdan vigencia.

La Constitución cubana de 1976 atribuye al Estado, a la sociedad y a los ciudadanos el deber de proteger la naturaleza en la diversidad de sus aspectos (agua, aire, suelo, fauna y flora) (art. 27).

El tema tampoco ha estado ausente en las más recientes cartas constitucionales europeas. Así, la Constitución de Grecia de 1975 consagra un extenso art. 24 a la regulación pormenorizada de distintos problemas medioambientales. En el párr. 1° se afirma que: "Constituye obligación del Estado la protección del medio ambiente natural y cultural.

"El Estado estará obligado a adoptar medidas especiales, preventivas o represivas con vistas a la conservación de aquél". En el mismo apartado se establece una tutela especial para los bosques y espacios forestales. En el párr. 2° se encomienda al Estado la regulación y el control de todas las cuestiones relacionadas con la ordenación del territorio, con especial consideración de la problemática urbanística a la que se dedican los tres párrafos siguientes del artículo.

La Constitución portuguesa de 1976 proclama: "Todos tienen derecho a un ambiente de vida humano y ecológicamente equilibrado, y el deber de defenderlo" (art. 661), se asigna al Estado a través de sus órganos o apelando a la iniciativa popular: a) prevenir y controlar la contaminación; b) ordenar el territorio para que se constituyan paisajes biológicamente equilibrados; c) crear y desarrollar reservas y parques naturales, así como garantizar la conservación de la naturaleza mediante la clasificación y protección de paisajes y lugares; d) procurar el aprovechamiento nacional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y estabilidad biológica (art. 66, 2). En el tercer apartado del artículo se tutela a todo ciudadano amenazado o lesionado en su derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, reconociéndosele la facultad de "pedir en los términos legales, que cesen las causas de la violación y la indemnización correspondiente". Finalmente, se prescribe que "El Estado debe promover la mejora progresiva y acelerada de la calidad de vida de todos los portugueses" (art. 66, 4).

El art. 45 de la Constitución española de 1978 dice expresamente:

"1) Todos tienen derecho a disfrutar de un ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

"2) Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

"3) Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales, o en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

Habida cuenta de que la Constitución española atribuye la titularidad de las competencias en materia ambiente, de manera genérica a los "poderes públicos", se han planteado una cantidad de problemas de superposición que representan un antecedente de importancia para el derecho argentino.

El art. 148.1.9, Constitución española, establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias de "gestión en materia de protección del medio ambiente"; en tanto que por el art. 149.1.23, el Estado tiene atribuida la competencia exclusiva en materia de "legislación básica" sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Así, el Estatuto catalán, en su art. 10 señala que: "En el marco de legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establece, corresponde a la Generalitat el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: ...b) protección del medio ambiente sin perjuicio de las facultades de la Generalitat para establecer normas adicionales de protección". Por su parte, el Estatuto vasco, prescribe en su art. 11: "Es competencia de la comunidad autónoma del país vasco el desarrollo legislativo y la

ejecución dentro de su territorio de la legislación básica del Estado en las siguientes materias: a) medio ambiente y ecología...".

Antonio E. Pérez Luño [419] puntualiza las siguientes características del régimen constitucional español en la materia:

1°) No se da un conflicto de competencia exclusiva sobre medio ambiente, sino que se atribuyen competencias de distinto grado al Estado (legislación básica) y a las comunidades autónomas (desarrollo legislativo y gestión).

2°) Aparte de esta distribución inicial de competencias, le corresponde al Estado una residual y supletoria en todos aquellos aspectos relacionados con el medio ambiente que no hayan sido desarrollados por las comunidades autónomas en sus estatutos (art. 149, 3). Con lo que se ha pretendido evitar posibles vacíos o lagunas.

3°) Al Estado le corresponde también la consideración de las normas de las comunidades autónomas aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general (art. 150, 3). La atribución de estas competencias es fundamental para evitar posibles antinomias y garantizar el principio de coherencia normativa que es requisito indispensable de la seguridad jurídica.

La dispersión normativa que existe en esta materia, ha llevado a los legisladores a presentar proyectos de ley tendientes a regular la problemática del derecho ambiental.

Entre los antecedentes parlamentarios pueden citarse los proyectos de ley referentes al Código Ambiental (con tres despachos de comisión uno en mayoría, proyecto del diputado Blanco, otro en minoría, proyecto del diputado Elías y un tercero del diputado Durañona y Vedia; la Ley de Defensa del Consumidor y el proyecto de ley sobre delito ecológico. Por otra parte, ha obtenido sanción el 17/12/1991 mediante la ley 24.051, la normativa sobre el Régimen Legal de los Residuos Peligrosos. Todos estos proyectos, y aun la propia ley sancionada, encontraron dificultades para resolver el problema de la competencia.

El proyecto de ley del diputado Blanco, denominado también Código Blanco, abordó la temática del ámbito de aplicación desde el punto de vista de una solución central, es decir corresponde a la Nación la regulación de los temas relativos al medio ambiente. Para el problema federal, si bien no lo pierde de vista, prevé una solución de asesoramiento por parte de las provincias a través de un Consejo Federal. La posición asumida en este proyecto no parece sostenible en cuanto a centralizar la competencia legislativa en

419 PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 1984.

materia ambiental, aun cuando se trata de un problema en el cual es conveniente mantener una política unificada. El proyecto vulnera el orden de repartos de la Constitución, sin fundamento alguno. Tampoco coincidimos con la posición del Dr. Cano —más allá de su autoridad sobre la materia— en cuanto a la necesidad de la elaboración de un Código sistemático a la manera de este proyecto, por cuanto la denominación de Código (de derecho común) está enumerada por la Constitución Nacional de manera específica en el art. 75, inc. 12, siendo por lo tanto una competencia delegada por las provincias al Estado federal, la cual es restringida y no puede ampliarse por mera voluntad interpretativa.

El proyecto de ley del diputado Elías resultó más celoso de las autonomías provinciales en esta materia, previendo una suerte de concertación entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales.

La Ley sobre Residuos Peligrosos 24.051, resulta bastante compleja a la hora de poder determinar el ámbito de aplicación ya que de la simple lectura del art. 1° surge en forma bastante confusa el deslinde de competencia. En primer lugar, se limita al ámbito federal, Capital Federal y lugares sujetos a jurisdicción federal, también se amplía a los territorios provinciales en los casos de transporte interjurisdiccional, art. 75, inc. 1° de la Constitución, cuando el art. 1° establece: "...dichos residuos pudieren afectar a las personas o el ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado, o cuando las medidas higiénicas o de seguridad que a su respecto fuere conveniente disponer, tuvieren una repercusión económica sensible tal, que tornare aconsejable uniformarlas en todo el territorio de la Nación, a fin de garantizar la efectiva competencia de las empresas que debieran soportar la carga de dichas medidas".

El primer supuesto no presenta problemas: la competencia federal en los casos de transporte y comercio interjurisdiccional se encuentra claramente desarrollada y ampliada en sus supuestos —por la jurisprudencia de la Corte—.

También se encuentra ampliada la competencia federal en los casos del art. 75, inc. 32 (poderes implícitos). Pero en cuanto a los otros supuestos señalados la situación es más cuestionable; no parece que la extensión de la competencia sea facultad que pueda quedar al arbitrio de la autoridad de aplicación.

12.1. Distribución de competencias en materia ambiental

Uno de los caminos de acercamiento para superar enfrentamientos de posiciones que ya señalamos es el de las "leyes marco" o "leyes convenio" entre la Nación y las provincias, o bien entre las provincias entre sí en la construcción de un "federalismo de coordinación" o "federalismo cooperativo" por el que tanto suele bregar con gran criterio el Dr. Pedro J. Frías.

Nuestro sistema constitucional abre las posibilidades al respecto en la nueva formulación dada al art. 41 aunque plantea conflictos con la última parte del art. 124, que reivindica el dominio provincial de los recursos naturales. Creemos que la solución debe buscarse por el lado del "federalismo de concertación".

Entendemos que dicha concertación, que exigiría un tratado entre la Nación y las provincias o una "ley convenio", debería tratar sobre materias concurrentes pero no sobre aquellos poderes que originariamente son de las provincias. Actuar de manera distinta significaría alterar competencias constitucionales que son por su naturaleza indispensables por acuerdo de partes, conforme lo ha señalado en reiteradas oportunidades el Dr. Germán J. Bidart Campos.

De tal modo, las normas nacionales deben limitarse a establecer "presupuestos mínimos", los que en general se refieren a consideraciones de orden técnico como índices de contaminación, etc.

Sin embargo, esta buena intención del acuerdo, a veces suele encontrarse con la rigidez del texto constitucional que, tratándose de interpretar la norma suprema del ordenamiento, la hermenéutica indica seguir celosamente y no caer en el terreno de las interpretaciones flexibles o excesivamente laxas y que sólo llevan a desnaturalizar los principios.

Sobre la problemática de las "leyes convenio" dictadas por la Nación y a las cuales las provincias pueden adherir a través de leyes sancionadas por sus legislaturas, podemos encontrar antecedentes en la experiencia del Régimen de Coparticipación Federal, tema en el cual también seguimos la opinión del Dr. Germán J. Bidart Campos en cuanto a que pueden ser objeto de leyes convenio las materias que constituyen "facultades concurrentes" entre la Nación y las provincias, más no aquellas cuya competencia es privativa de los gobiernos provinciales.

Cabe recordar los principios que ha sabido exponer el Dr. Pedro J. Frías en materia de competencia en derecho ambiental [420]:

a) El ambiente es responsabilidad original del titular de la jurisdicción, es decir, de quien ejerce autoridad en el entorno natural o en el entorno creado por el hombre.

b) Los problemas ambientales "divisibles jurisdiccionalmente" son competencia de la autoridad local, a la vez autoridad normal de ejecución.

c) Por la interdependencia del ambiente y la movilidad de los factores degradantes, toda situación de deterioro puede llegar a comprometer los poderes concurrentes del gobierno federal en "lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y el bienestar de todas las provincias" (art. 75, inc. 18, CN), y hacer legítimo y necesario su concurso con la posible exclusión de la autoridad local en el caso de incompatibilidad.

d) Del principio de localización —muchas veces, móvil— del complementario de interdependencia, resulta una competencia local que deviene eventualmente concurrente con la Nación.

e) Más frecuentemente y por razones de interdependencia y localización, el problema ambiental concierne a más de una jurisdicción política, en la variable combinación de municipios, provincias y Estado nacional.

f) El marco político legal y la naturaleza del derecho ambiental aconsejan asumir una legislación común, instrumentada por un tratado entre el gobierno nacional y todas las provincias argentinas.

La relación entre la problemática ambiental y el municipio viene dada por el carácter predominantemente local y directo que tienen los problemas ambientales, según lo destaca el maestro Frías, a quien ya citamos en otra parte de este trabajo. Es en el ámbito de lo local, en donde suele darse —precisamente— el ámbito de relaciones que hace a la jurisdicción.

La naturaleza local de lo ambiental también se ve afirmada —según vimos— por la aplicación del llamado "poder de policía", al cual la doctrina y la jurisprudencia le han reconocido naturaleza local desde un principio y que en su versión aún más estricta y reducida contempló la problemática ambiental al ocuparse de la seguridad, moralidad y salubridad pública.

El valor y la importancia de la institución municipal ha sido especialmente destacado por el constitucionalismo clásico occidental y con gran fuerza la institución municipal destacó en nuestro medio a través de distintas vertientes.

Ya desde la colonia, la institución de los cabildos ocupó gran importancia en el desarrollo de la vida social y política del virreinato donde la participación de los vecinos en la solución de los problemas comunes tuvo lejano arraigo. No menos importante fue la influencia del precedente constitucional norteamericano, país en donde la institución municipal ha ejercido un protagonismo activo en la formación de la democracia norteamericana, a manera de una verdadera "escuela de participación", tal como para destacarlo por Alexis de Tocqueville en su célebre obra *La democracia en América*.

Contaba a Europa el asombrado Tocqueville que en América la democracia reposaba, precisamente, en la institución municipal, primer canal de la participación ciudadana.

Sabida es la influencia que los autores clásicos tuvieron sobre Juan Bautista Alberdi, y sabido es también el influjo de los antecedentes constitucionales norteamericanos sobre los nuestros; pero a pesar de ello, la Constitución de 1853 no consagró un régimen de autonomía municipal como lo hiciera la Carta norteamericana. La explicación de esta diferencia entre la

[420] FRÍAS, Pedro J., *Derecho público...*, cit.

valuación de la institución municipal y el grado real de descentralización política concebido en el proyecto de Alberdi para el municipio hay que encontrarla en dos razones: a) la primera de ellas es la separación entre la función político-legislativa y la función administrativa comunal, y b) la segunda es la creencia alberdiana de que la organización del país requería de cierto grado de centralización en el dueño del poder político. Obsérvese, al respecto, que la Constitución originaria de 1853 presentaba tintes más unitarios que la versión de 1860 inspirada por Buenos Aires (aun cuando el país se tornara más unitario en la política). Por lo demás, son las provincias como poderes preexistentes las que crean la Nación (art. 121, CN) y es en ellas donde reside el poder constituyente originario [421].

La naturaleza del régimen municipal surge del art. 5°, CN, cuando expresa: *"Cada provincia dictará para sí una constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones"*.

Por su parte, el tít. II de la 2ª parte de la Constitución Nacional, referidos a los "Gobiernos de provincia", reitera lo establecido en el art. 5°, así: 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"*. Art. 123: *"Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5°..."* y en su nueva tendencia afirmadora de la autonomía municipal agrega *"...asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero"*.

De la nueva redacción del art. 123 surge que más allá de la declaración de la autonomía como principio, sus alcances y límites surgen de cada constitución de provincia de donde los principios generales (arts. 5° y 121, CN) conservan su plena vigencia.

Como consecuencia de esa normativa, la doctrina reconoció *autarquía*, pero no *autonomía* a la institución municipal; toda vez que era la provincia la que tenía la responsabilidad de asegurar el régimen y era la legislatura provincial la que dictaba normas de carácter obligatorio.

La condición autárquica del municipio fue afirmada por la doctrina administrativa. Así el Dr. Miguel S. Marienhoff lo califica entre los órganos específicamente autárquicos, con capacidad de autoadministrarse y no para

421 Conf. arg. *Preámbulo*. Ver BIDART CAMPOS, G. J., *Derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires.

darse sus propias normas. Esta concepción tiene fuerte influencia de la doctrina francesa que tiende a una versión centralizada de la administración, negándole todo marco de actuación política al municipio [422].

Sin embargo, y pese a la autoridad de Marienhoff, ha existido en nuestro medio una fuerte corriente doctrinaria en favor de la autonomía municipal en la que se han destacado autores como Nicolás Matienzo, Salvador Dana Montaño, Pedro J. Frías y Antonio María Hernández.

Sin duda no han sido ajenos a esta corriente diversos factures como la necesidad de una reivindicación federal frente a una tendencia centrista muy fuerte en nuestro país y el fenómeno de descentralización que apareció en el constitucionalismo comparado, recobrando el valor de la institución municipal en la gestión algunos asuntos propios por su misma naturaleza como, justamente, la problemática ambiental. Es así como la reivindicación de la autonomía municipal y la relectura del valor democrático del municipio cobra fuerzas a medida que se incorpora también el llamado "federalismo de concertación".

Es así como en el camino hacia la autonomía municipal se van dando sucesivos pasos de un *iter* gradual que va señalando una doctrina cada vez más acertada, al punto tal que la autonomía ha estado presente en los últimos proyectos de reforma constitucional. Esta reivindicación de lo municipal y de lo local ha corrido en forma paralela a una reivindicación de la titularidad y administración local de los recursos naturales [423] circunstancia que marca una clara aproximación de la temática ambiental.

El primer impulso hacia la autonomía municipal fue dado por las llamadas "nuevas constituciones" dictadas en una oleada que se produjo después de la reforma de la Constitución Nacional en 1957, por la llamada "Revolución Libertadora", oportunidad en que se crearon nuevas provincias a partir de territorios nacionales (Chubut, Santa Cruz, La Pampa, Formosa, etc.); tendencia que se afirmó aún más con la segunda oleada de nuevas constituciones provinciales, esta vez por reformas iniciadas a partir de la recuperación de la democracia en 1983. En este caso, al recogerse las nuevas tendencias del constitucionalismo moderno, no solamente se consagró en muchos casos la tendencia a la autonomía municipal, sino también la protección al medio ambiente.

En líneas generales, la autonomía se afirmó en los llamados municipios de primera categoría, a los cuales algunas constituciones provinciales otorgan la posibilidad de darse sus propias cartas orgánicas; pero el criterio se

422 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

423 Ver los *Dictámenes del Consejo para la Coordinación de la Democracia sobre la Reforma Constitucional*, Eudeba, Buenos Aires.

amplía hacia la plena autonomía en el caso de algunas constituciones más nuevas (por ej., La Rioja).

La tendencia recibe una afirmación jurisprudencial en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recaído en el caso "Rivademar, Ángela v. Municipalidad de Rosario" del 24/3/1989, que extendió, según lo dijo Bidart Campos, certificado de nacimiento a la autonomía municipal.

No obstante la tendencia, y claro avance señalado, es de destacar que el criterio de Rivademar fue posteriormente morigerado por la Suprema Corte y que en muchos casos la discusión por la autonomía ha pasado por la discusión sobre poderes tributarios y no sobre competencia normativa.

El grado de autonomía, en definitiva, queda supeditado a cuál ha sido el grado de delegación efectuada por la Constitución provincial (ésa es la clave). En cuanto a cuál sea la materia ambiental de competencia normativa municipal, la misma estará dada por la propia naturaleza local de la norma o por tratarse del ejercicio del poder de policía local, pero, en tanto el problema sea de una mayor complejidad, podría quedar excluido de su ámbito de competencia por ubicarse en la órbita provincial, o bien por materia concurrente entre las provincias y la Nación, susceptibles de acuerdos de concertación (arts. 99, inc. 16 y 125, CN) o bien por ser materia propia del Estado federal (arts. 26, 75, inc. 13, CN).

En cuanto a la competencia de los municipios para celebrar tratados, acuerdos o contratos en la materia, entendemos que éstos son posibles en cuanto se trate de la gestión de materias que surgen por delegación constitucional y siempre que no interfieran con el poder provincial para celebrar los acuerdos de alcance parcial a los que se refiere el art. 125, CN.

En cuanto a la posibilidad de que los municipios pudieran participar en la concertación federal en virtud de su autonomía, tal como lo sostienen algunos autores, entendemos que ello no es posible a la luz del art. 121, CN, y de la división de competencias de orden público que establece la Constitución. Por el contrario, siendo la autonomía la consecuencia de una delegación a nivel provincial, la misma rige en este ámbito, en tanto que la competencia debe ser reasumida por la provincia al tratar con la Nación, pues en tal caso la personería reconocida por la provincia al municipio sería inoponible ante el Estado federal.

Creemos que el problema ambiental en cuanto al ámbito de aplicación, se encuadra dentro de lo que la doctrina denomina "facultades concurrentes", es decir las facultades que se ejercen entre la Nación y las provincias; las cuales pueden instrumentarse a través de "leyes convenio" que recojan las diferentes realidades de los gobiernos locales en la búsqueda simultánea de una solución globalizadora del derecho a un medio ambiente sano.

Coincidimos en que este tipo de derecho no reconoce fronteras políticas, pero tampoco puede dejarse de lado el reconocimiento y el aporte que las distintas legislaturas provinciales han establecido en torno a esta materia.

La normativa nacional deberá conciliar las normas provinciales ensambladas con el debido respeto a los ecosistemas. Es decir, el accionar conjunto debe surgir de una realidad incontestable en una mejor protección de un medio ambiente sano para todos los habitantes de la Nación.

El medio ambiente es infragmentable desde el punto de vista geográfico, por lo tanto es necesaria una reglamentación que establezca una protección indivisible que se plantee a nivel nacional y provincial conjunta, reconociendo el ámbito de aplicación municipal.

En esta materia, el Congreso Nacional sancionó la Ley General del Ambiente 25.675.

13. El rol del Estado en la defensa de la competencia

La sociedad está formada por diversos sectores que interactúan dentro de ésta en pos de la satisfacción de sus objetivos. Estos sectores buscan obtener ciertos resultados, como consecuencia de un conjunto de acciones que emprenden. El proceso para la toma de decisiones es una opción entre acciones alternativas diferentes, sobre la base de determinados criterios, definidos sobre la base del contexto donde éstas serán ejecutadas.

El planteo de la competencia perfecta dentro de la teoría liberal económica sugiere que los resultados a los que conduce una acción autónoma de los particulares son óptimos desde el punto de vista social. No son necesarios mecanismos formales u organismos para regular las acciones del sector privado, ya que existen mecanismos automáticos que conducen a una situación óptima deseada, la "mano invisible del mercado". El criterio de decisión utilizado por los particulares es la maximización de beneficios, que constituye el incentivo motriz del sistema. Éste es, en forma simplificada, el esquema general de la concepción liberal de la Economía. La regulación automática que provee el mercado es suficiente para el funcionamiento óptimo de las empresas y la economía.

La necesidad de la regulación surge cuando los resultados de estos procesos de decisión autónomos materializan situaciones que no son consideradas adecuadas por la sociedad, aun cuando éstas resultan ser perfectamente convenientes para el sector que resulta beneficiado.

Este fenómeno, que resulta de perseguir la maximización de los beneficios, produce muchas veces resultados socialmente ingratos, especialmente en países en vías de desarrollo. Las bases para una competencia perfecta en los mercados suelen ser inexistentes; y la formación de empresas monopólicas, la producción ineficiente de bienes o servicios por parte del Estado,

las desigualdades regionales o el deterioro del medio ambiente, a modo de ejemplo, suelen ser el producto de iniciativas individuales no reguladas adecuadamente. La operación autónoma de los particulares bajo los mecanismos de "la mano invisible" no es suficiente y se hace necesaria la intervención regulatoria del Estado.

A partir de estas ideas previas, podemos plantear el concepto de regulación en un sentido amplio, tal como va a ser analizado en el presente trabajo, como las acciones, explícitas o implícitas, formales o informales, que emprende el Estado para influir en los comportamientos de los particulares, ajustando el resultado de sus acciones a lo deseado por éste.

Los instrumentos a disposición del Estado para ejercer esa influencia son múltiples: la simple difusión de información o de recomendaciones puede ser suficiente para orientar los comportamientos; si esto no resulta suficiente pueden utilizarse incentivos o sanciones de distinta naturaleza o, como ha ocurrido en nuestro país y en diversas partes del mundo, puede el Estado convertirse en productor directo o indirecto de bienes y servicios considerados importantes para la comunidad.

Este proceso de intervención estatal dentro de la economía y sus consecuencias perjudiciales para la sociedad derivó en las últimas cinco décadas en la refuncionalización de su papel. A comienzos de la década del setenta, cobra un gran impulso en el mundo un movimiento orientado hacia la reducción del papel del Estado en la sociedad, especialmente en el campo económico; este proceso ha sido instrumentado de diversas formas según las características coyunturales donde se desarrolló, a través de privatización de empresas estatales, liberalización de los mercados, desregulaciones, disminución del aparato administrativo, etc.

No obstante, ha presentado un denominador común, que es el origen fundamental de este proceso: la comprensión por parte de la sociedad de que la intervención por parte del Estado en la economía genera costos sociales que generalmente superan los beneficios que derivan de ella. El funcionamiento de un Estado sobredimensionado y regulador demanda costos que debe erogar el Estado para la implementación de las normas reguladoras, costos en los que incurren los agentes económicos para cumplirlas, y los originados en las pérdidas que deben afrontar los consumidores de bienes o servicios frutos de tales regulaciones. Esto es sufrido por la sociedad en el aumento de los productos que consume o en el sustento del déficit que la actividad de estas empresas provoca. En casi todos los casos en donde existen actividades reguladoras desmedidas, se ha distorsionado la relación entre el costo de tal actividad y los beneficios sociales que ésta provoca.

Las regulaciones se presentan como un método para corregir las fallas del mercado y promover el bien común, pero en una economía donde el Estado tiene mucho poder a través de las regulaciones, los grupos sectoriales

participan en una puja permanente para influir sobre las regulaciones y los reguladores. Este tipo de situaciones plantea un marco donde existe el convencimiento de que se consigue más con los privilegios que con un esfuerzo por aumentar la eficiencia de cada sector. La empresa privada no puede ser considerada como la causante de esta situación, sino que es la consecuencia de un medio económico-jurídico en donde los criterios tradicionales de rentabilidad han dado paso a los privilegios y las protecciones.

En los mercados regulados, el orientador de los beneficios sectoriales resulta ser la voluntad del regulador, beneficiosa para unos e inaccesible para otros. Esto se traduce en una clara desigualdad de oportunidades, fin no deseado en una regulación bien intencionada, pero que generalmente resulta ser la realidad del sistema, sobre todo cuando los actores que intervienen pasan del gobierno a la empresa y viceversa.

14. Regulación y control

El desarrollo de una fuerte política privatizadora, como inicio del proceso de transformación del Estado (leyes 23.696 y 23.697), en el marco del cual se han transferido al sector privado las prestaciones o explotaciones de servicios públicos esenciales, y las actividades de interés general vinculadas con éstos, como por ejemplo la generación de energía eléctrica y producción de gas en relación con los servicios públicos de transporte y distribución de gas natural, o la prestación de los servicios diferenciados del básico, como la telefonía celular, etc., importa un destacable realzamiento del papel controlador del Estado.

Esta circunstancia no ha sido ajena a la reforma constitucional sino que ha sido receptada en su art. 42, consagratorio de una serie de derechos y garantías referidos a la relación de consumo, salud, seguridad e interés económico de los usuarios, al imponer en forma expresa, como deber del Estado, el efectivo control y regulación de las prestaciones.

El sistema de control de la explotación privada de los servicios públicos constituye un pilar fundamental para la obtención de resultados favorables en lo que al proceso de transformación respecta, si tomamos en cuenta que la finalidad de la transferencia de las prestaciones al sector privado ha sido principalmente optimizar el funcionamiento de los servicios.

Abandonar un modelo intervencionista de Estado implica colocar a este último en una posición distinta, pero no menos importante frente a la comunidad, cual es: dejar de ser prestador para cumplir una función netamente controladora, en resguardo del interés público y promoción del bienestar general.

Cabe resaltar que la situación descripta importa un real desamparo en relación con los usuarios, cuyos intereses particulares actuales y potenciales

no estarán ya resguardados ínsitamente, como se entiende en las actividades prestadas tradicionalmente por el Estado respecto de sus administrados. En las circunstancias actuales, dichos intereses se verían en pugna con los objetivos de rentabilidad económica perseguidos por las empresas privadas que detentan las concesiones de los diversos servicios públicos.

Precisamente, en este sentido se manifiesta el art. 42 de la Constitución cuando dota de jerarquía constitucional a los siguientes deberes de la autoridad pública:

a) Protección de los usuarios.

b) Establecimiento de marcos regulatorios.

c) Defensa de la competencia y control de monopolios.

d) Promoción de la participación de los usuarios en los organismos de control.

El nuevo concepto de servicio público, expresado en el texto constitucional requiere, en este contexto, la regulación y control de dichos servicios, exigencia ésta que deriva de su particular incidencia en la satisfacción de las necesidades básicas que hacen a la calidad de vida y al desarrollo social pleno, objetivos que campean en prácticamente la totalidad de la normativa constitucional.

Por lo tanto no es apropiado atribuir la necesidad de regulación y control a un único fundamento, sino que deben considerarse todos aquellos que hagan a la protección de los derechos de los usuarios, el estímulo de inversiones, la confiabilidad, accesibilidad y eficiencia del servicio [424], a asegurar su regularidad, continuidad, igualdad y generalidad [425], y a la expansión del sistema, la calidad y continuidad de las prestaciones, la protección de la salud pública, los recursos hídricos y el medio ambiente [426], y en todos los casos con tarifas justas y razonables [427].

Tampoco, no obstante la preocupación que origina, el carácter monopólico de la prestación de servicios públicos puede ser un exclusivo motivo de regulación, puesto que existiendo competencia, ésta por sí misma no implica la eficiencia y razonabilidad, menos la prestación en lugares donde presenta baja rentabilidad [428]. Volveremos sobre esta cuestión al tratar la noción de Estado social.

En síntesis, el Estado debe poner énfasis en la regulación, en cumplimiento de su tradicional papel de garante de la satisfacción del bien común,

[424] Art. 2°, leyes 24.065 y 24.076.

[425] Art. 8°, dec. 1185/1990.

[426] Art. 2°, dec. 999/1992.

[427] MATA, Ignacio, *Noción actual de servicio público*, p. 10, trabajo presentado al Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado.

[428] MATA, Ignacio, *Noción actual...*, cit., p. 10.

manifestado como "realidad existencial que se expresa a través de una multiplicidad de condiciones, políticas culturales, económicas, sociales, etc., que permiten al hombre realizarse verdaderamente como tal" [429].

Queda comprendido, así, el deber de prevenir tanto las consecuencias económicas producto del carácter monopólico de la prestación del servicio como de la desigual e insuficiente información aportada a los usuarios, y a cualquier otra consecuencia que afecte perjudicialmente a terceros no involucrados en la relación de consumo.

Estas últimas consecuencias se denominan "externalidades" y han sido definidas como "costos o beneficios que inciden sobre terceros no directamente involucrados en el intercambio jurídico o económico de que se trate" [430]; en este caso, la regulación tiende a evitar las externalidades negativas, como aquellas producidas por el uso abusivo de los bienes comunes que podrían afectar el medio ambiente. En términos económicos se adopta un sistema de regulación de prevención y control tendiente a evitar abusos de posición por parte del prestador del servicio [431].

La regulación y control, no obstante otros sistemas que los han considerado como instrumentos escindibles, son etapas de un mismo proceso, que se inicia con el establecimiento de reglas que rijan la actividad en cuestión, y se complementan con el debido control en el cumplimiento de dichas reglas durante el desarrollo de la actividad [432], a través de un esquema institucional de control interno-externo, cuya estructura comprende diversos organismos dotados de facultades que deben procurar coordinarse a fin de evitar superposiciones, en detrimento de la eficiencia y rapidez en el logro de los objetivos.

Recordemos que actualmente intervienen en el sistema de regulación y control de los servicios públicos los denominados entes reguladores vinculados institucionalmente a distintas secretarías de la administración central. Desde el punto de vista del control interno, las Unidades Auditoras Internas (UAI) de cada organismo de la Administración Pública, coordinadas por la Sindicatura General de la Nación, también intervienen en asuntos relativos a los servicios sujetos a control. El control externo de estos organismos está a cargo de la Auditoría General de la Nación (AGN), institución de rango constitucional en el ámbito del Poder Legislativo, a la cual se le ha atribuido específicamente el control de los entes reguladores de servicios

[429] BARRA, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 43.

[430] MITNICK, Gary, *La economía política de la regulación*, Fondo de Cultura Económica, Economía Contemporánea, México, 1989, ps. 443 y ss.

[431] MATA, Ignacio, *Noción actual...*, cit., p. 8.

[432] MATA, Ignacio, *Noción actual...*, cit., p. 6.

públicos, y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de sus contratos. Interviene también el Defensor del Pueblo de la Nación conforme a lo dispuesto por la Constitución Nacional.

Los aspectos a complementar no sólo incluyen las funciones de los organismos en cuestión, sino también los referidos a la organización y estructura de los entes reguladores, el establecimiento de procedimientos para la solución y prevención de conflictos, el sistema de información, la atención al usuario, los mecanismos para efectuar los reclamos y los instrumentos que permitan la operatividad plena del derecho de los usuarios a participar en los organismos de control a través de las asociaciones que los agrupan [433].

Actualmente en nuestro país los instrumentos de regulación y control con que cuenta el Estado son:

1. el ente regulador;
2. el control de precios; y
3. la habilitación para prestar el servicio.

En el marco del proceso de privatización, y con el propósito de mantenerse al margen de las influencias políticas y económicas directas, fueron creados entes para regular y controlar la prestación de los diversos servicios.

Con carácter autárquico, recursos propios y la facultad de percibir una contribución de los usuarios del sistema, se hallan a cargo de un órgano colegiado (directorio) cuyas decisiones serán recurribles por vía de la alzada. Asimismo su personal está sujeto al régimen del contrato de trabajo.

Entre las atribuciones del órgano descentralizado de control, descontando las netamente técnicas, destacamos las llamadas "jurisdiccionales" en cuanto resuelven controversias relacionadas al servicio, entre particulares (actores y usuarios), sea en forma obligatoria para los actores (ENRE, Enargas) u optativa (CNT, Etoss). Dichas funciones no modifican su carácter administrativo.

Son principios generales en materia tarifaria:

— Primordialmente el aseguramiento de tarifas justas y razonables;

— La prohibición de efectuar diferencias entre ellas, salvo las autorizadas por el ente regulador, referidas a distintas localizaciones o tipo de servicio;

— El precio debe expresar el uso racional y eficiente de los servicios y de los recursos necesarios para su prestación;

— El precio debe reflejar el costo económico del servicio, incluyendo la utilidad del prestador y las inversiones de los planes de expansión;

[433] CINCUNEGUI, Juan de Dios, "La participación de los usuarios en el control de los servicios públicos privatizados", LL del 25/10/1995.

— El aseguramiento del mínimo costo para los usuarios, compatible con la seguridad en la prestación.

La ley 23.696 de Reforma del Estado ha establecido como formas de materialización de las privatizaciones: la concesión, licencia o permiso [434].

En leyes posteriores a la citada, referidas a los diversos servicios, se han especificado las condiciones, modos y plazos en que se efectuarían las privatizaciones estipuladas, cuyo cumplimiento estricto es requisito de legalidad de las mismas.

15. Reforma constitucional y modelo estatal

Pero, más allá de estas especificidades, a nuestro entender y en virtud del mencionado principio de unidad interpretadora, el gran límite al posible reconocimiento de la capacidad autorregulativa del propio mercado es la noción de justicia social (art. 75, inc. 19, CN). El presupuesto liberal queda así constreñido a un marco de respeto de la condición humana y del desarrollo humano. No cualquier consecuencia del mercado como tal tiene que ser admitida y protegida por el Estado. Y así, por encima de la competencia, parece regir un presupuesto de control cuyo fundamento se encuentra en las condiciones anteriormente esbozadas. El mercado por ser tal genera ciertos beneficios, pero puede también producir terribles desigualdades sociales que afecten al desarrollo humano. La cuestión entonces se constriñe a delimitar cierta noción de "justicia social" que permita identificar los aspectos limitadores del mercado.

Dentro del proceso constitucional que la Argentina vivió en el año 1994, se incorporó, al texto constitucional vigente, el concepto de "justicia social".

Para comenzar, la incorporación de dicho concepto debe interpretarse como la intención del constituyente de evolucionar hacia un concepto diferente de Estado: evolucionar más allá del abstencionismo estatal pero sin caer en el intervencionismo. La visión del mercado como elemento natural de la interrelación limitado por los presupuestos que hacen a la conservación de ciertas condiciones de desarrollo humano.

La noción de "justicia social" surge de la fusión de dos ideologías; por un lado, las demoliberales y, por el otro, las ideologías de corte social. La idea radica en tomar ciertos elementos calificados de relevantes en una concepción de Estado demoliberal, tales como el respeto de las libertades individuales, la libertad de mercado, la preponderancia de la igualdad, la libertad de contratación, etc., y deshacerse de todos aquellos que, bajo la justificación de la libertad de mercado, condicionen al hombre, de lleno, a la oferta y la demanda.

[434] Para ampliar, MATA, Ignacio, *Noción actual...*, cit., ps. 21 y ss.

Respecto del constitucionalismo social se da cuenta solamente de aquellos elementos que permitan crear un ámbito de indisponibilidad, a fin de garantizar al hombre un piso mínimo de derechos y beneficios. La emancipación de las funciones de control elementales del Estado; la igualdad de oportunidades, etc., forman el núcleo de ese "coto vedado", según la terminología de Garzón Valdés. Claro está, todo esto sin caer en el intervencionismo, que en última instancia también atenta contra el hombre dada la restricción a las libertades que genera y la frustración de sus expectativas de desarrollo.

Hablar de justicia social es cambiar el prisma del análisis para ubicar al hombre, en su carácter de ser social, en un plano de mayor preponderancia y abandonar aquella postura que considera al hombre como un simple elemento del mercado o un instrumento de consumo o trabajo. Intentar ir más allá de las viejas ideologías, concibiendo un nuevo papel para un nuevo Estado, es aquello que puede revelarse en el fondo del nuevo concepto, que se ha denominado justicia social. En definitiva hablar de "justicia social" es concebir un sistema capitalista que reconozca al hombre como protagonista.

Pero si esto es así, cabe entonces preguntarse: ¿cuál es el papel que debe tener el Estado en un sistema capitalista que tenga como protagonista al hombre? El papel debe ser el de un Estado subsidiario, es decir, un Estado que no realice aquellas funciones que pueden ser prestadas por los particulares, pero que a su vez debe brindar a cada uno de los integrantes de la comunidad un sistema de control y garantías mínimas que contribuyan a garantizar dicho protagonismo y que realice todas aquellas tareas que son indelegables a los particulares. Definiéndose, así, aquello que los juristas definen como "modelo de competencia".

El porqué de que conceptos como "justicia social" deben aparecer dentro del texto constitucional es contestado de manera simple pero certera por Miguel Herro de Miñón. Al respecto dice: "Las constituciones se configuran como zonas de seguridad; se introduce en la constitución lo que se quiere garantizar frente a terceros. La segunda es la utilización de la constitución para afirmar los programas de reforma social, es decir, las metas y métodos para transformar la economía. Y la tercera es la tendencia de llegar a un compromiso entre las dos anteriores y afirmar retóricamente lo que no se piensa hacer".

En definitiva, hablar de "justicia social" dentro del sistema capitalista es hablar de una nueva manera de concebir el mercado. Los conceptos de justicia y equidad en la distribución de los beneficios, tan ajenos al discurso liberal, así como el deber de soportar los imprevistos de éste. Todas estas nociones adquieren su culminación en referencia al concepto de "bien común".

Ya León XIII (*Rerum novarum*, 23) destacó que el Estado debe velar por el "bien común" como propia misión suya. Bajo esa concepción expresaba: "Más, aunque todos los ciudadanos, sin excepción alguna, deban contribuir necesariamente a la totalidad del bien común del cual deriva una parte no pequeña a los individuos, no todos sin embargo, pueden aportar lo mismo ni en igual cantidad..." (*Rerum novarum*, 25). "El fin establecido para la sociedad civil alcanza a todos, en cuanto persigue el bien común, del cual es justo que participen todos y cada uno según la proporción debida" (*Rerum novarum*, 35).

Pío XI (*Divini Illius Magistri*, 44) definió al "bien común" en el orden temporal como consistente en la paz y seguridad de que las familias y los individuos puedan gozar del ejercicio de sus derechos, y a la vez en el mayor bienestar espiritual y material que sea posible en la vida presente, mediante la unión y coordinación de la actividad de todos.

En cuanto a lo que se ha denominado "zona de indisponibilidad", se debe entender como un cúmulo de derecho pertenecientes a los individuos, que deben ser prestados por el Estado a los particulares, o en caso de no prestación por parte del Estado el aseguramiento de las vías apropiadas para exigir dicha prestación.

Dentro de dicha zona de indisponibilidad, encontramos a: 1) la igualdad de oportunidades, 2) el principio para que una clase excluya a la otra en la distribución de los beneficios, 3) la libertad de mercado, 4) el principio de equidad, 5) el principio de solidaridad, 6) el principio de igualdad, 7) la actividad de control del Estado sobre las actividades expresamente delegadas a los particulares, 8) todo otro derecho o libertad que se reconozca expresamente en nuestra Constitución.

En última instancia, en nuestra sociedad, la zona de indisponibilidad, teóricamente, está dada por el texto constitucional.

El origen de este evolucionado concepto de "justicia social" puede rastrearse en la encíclica de *Rerum novarum*, es ahí donde se deja entrever por primera vez de manera incisiva la idea de "justicia social y función social de la propiedad". Esta circunstancia no es casual sino que, para algunos autores, es producto del pensamiento católico tradicional.

Específicamente, para vislumbrar la evolución del concepto en nuestra historia, debemos partir de la ideología demoliberal con ingredientes cristianos, donde la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad aparecen como principios rectores fundamentales, que formalmente presentaba la Constitución de 1853-1860.

Muchos adjudican este fenómeno a los efectos posteriores propios de las grandes revoluciones; no por idealismo católico, sino por la preponderancia de las libertades individuales. Es así que esa estructura demoliberal se mantuvo vigente hasta que fue sacudida en sus bases por la aparición y tipificación de los conceptos pertenecientes al denominado constitucionalis-

mo social en la estructura constitucional; en nuestro caso, a partir de la reforma constitucional del '57, y con anterioridad en la "fallida" reforma de 1949.

Sin embargo, para algunos autores, el origen del Estado social es anterior a la incorporación del art. 14 bis, situándose a partir de, por un lado, la vasta incorporación de leyes sociales y, por el otro lado, el sacrificio de ciertos derechos individuales en pro del interés general. Pero ha sido la aparición de nuevos criterios, o mejor dicho, la mala interpretación de los mismos, la que ha generado el sobredimensionamiento del Estado, transformándose en un Estado de corte netamente intervencionista y culminando con la crisis de la que todos fuimos testigos.

Por lo tanto, en poco más de una centuria, el Estado argentino pasó de una posición liberal abstencionista a un Estado intervencionista, todo ello bajo el régimen legal de una misma y única Constitución Nacional. Ahora bien, la única manera de explicar el camino que transitó nuestra Carta Magna es a través de los vuelcos de interpretación ideológica que se le dio al texto.

Con posterioridad, en el año 1994, se decidió encarar una nueva reforma constitucional vía convención constituyente. En el acuerdo político marco del que surgió la necesidad y acuerdo sobre el alcance de la reforma se decidió mantener intacta la parte dogmática de la Constitución Nacional.

Aun cuando suele creerse que, por encontrarse limitada la reforma a la parte orgánica de nuestra ley fundamental, el objeto de la misma se iba a dirigir únicamente a introducir modificaciones al funcionamiento de los poderes del Estado; sin embargo, en una lectura más profunda, la reforma puede darnos la estructura, sentar las bases para la sociedad argentina del siglo XXI.

Muchos autores, cuya opinión compartimos, han definido a la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994 como una ley en blanco, toda vez que incorporó, por un lado, un número significativo de derechos, estructuras y conceptos ideológicos que, o bien aún no han sido reglamentados para su ejercicio, o bien no se han dictado las correspondientes leyes orgánicas, y por otro lado, se incorporaron conceptos vagos que impiden descifrar la intención por la cual han sido considerados.

Como producto de dicha reforma, se incorporó en el art. 75, inc. 19, CN, texto vigente según la última reforma de 1994, el destacado concepto de "justicia social".

Textualmente, en su párr. 1° el artículo de referencia prescribe: "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...".

Pero cabe recordar una vez más que no hay "justicia social" sin "bien común", sin distribución equitativa de los beneficios, sin seguridad social para los individuos, sin equidad, sin libertad, sin igualdad ante la ley. Y que sin "justicia social" el hombre deja de ser el protagonista del mercado y lo sitúa al libre arbitrio de la eficiencia de sus relaciones en este contexto.

La "mano invisible" que rige el mercado adquiere en el contexto del Estado social una estructura orgánica aglutinada bajo la noción de Estado.

16. El lenguaje normativo de la Constitución reformada

La reforma constitucional de 1994 ha sido muy rica en la incorporación de principios ideológicos. El catálogo de derechos declarados y de garantías se ha ampliado apuntando al valor de la "solidaridad". La "participación" es otro de los valores afirmados, haciendo a la Constitución más democrática. Ha afirmado también el constituyente un concepto más social y material de la igualdad, que viene a completar el concepto de igualdad formal del art. 16 con un nuevo criterio interpretativo, cual es el de la "igualdad de oportunidades" que aparece repetido en distintas partes del texto y en la consagración de "acciones positivas" que tendrá a su cargo el Estado para combatir toda forma de discriminación (art. 75, inc. 23).

El "tono" general de la reforma, en lo ideológico, se ha corrido más hacia la afirmación de principios del Estado social que del constitucionalismo liberal. El ingreso de una cantidad de principios que no estaban expresamente consagrados en el texto se da por cantidad de tratados internacionales que pasan a tener "jerarquía constitucional" (art. 75, inc. 22) y que, por la época en que dichos tratados fueron suscriptos, se enmarcan claramente en la etapa del constitucionalismo social de posguerra y anterior a la crisis mundial del petróleo que trajo también aparejada la crisis del Estado social de Derecho.

Resulta también paradójico que estos principios hayan sido afirmados por el constituyente el pleno tiempo de "ajuste" hacia un pretendido modelo de Estado "neoliberal". No hay, en cambio, en la reforma reciente, ningún artículo que proclame la libertad económica, ni la economía de mercado.

No aparece un "programa constitucional" como exhibió la Constitución histórica, no aparece el *telos* ni el "modelo" del texto constitucional; por el contrario, y como dijimos al principio, hay muchos aspectos fundamentales que quedaron sin definirse y con el riesgo, potencial o real, de lo que pueda ocurrir.

Los dos principios incorporados que tienen más importancia en materia económica son el derecho al medio ambiente (art. 41) y la integración económica latinoamericana (art. 75, inc. 24), por su inevitable repercusión, tanto en los derechos económicos como en los principios orientadores de la política económica.

De estos principios, y de otros que consagran los derechos de usuarios y consumidores (art. 42) así como la posibilidad de ejercitar la acción de amparo contra los titulares de servicios públicos privatizados (art. 43), se desprende —aunque no esté claramente dicho— que se propugna un modelo de competencia, dentro del cual cabe al Estado un papel regulador para que el mercado funcione.

Pero el "núcleo" ideológico de la reforma está en el inc. 19, del art. 75, ubicado a continuación de la "cláusula del progreso" (ex art. 67, inc. 16). La nueva norma se ha dado en llamar "cláusula del nuevo progreso" o "cláusula del progreso económico y social" donde se establecen como valores fundamentales a "*Proveer... al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento...*" (párr. 1°).

El término "desarrollo humano" aparece repetido en otros artículos y debe vincularse como la interpretación dada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en tanto se toma al denominado índice de desarrollo humano (IDH) para medir el grado de avance de los países, con parámetros que no sólo contemplan el crecimiento económico, sino también los niveles de educación, de ocupación, de vivienda, de cultura, etc. En ese mismo sentido, el término "progreso económico" se diferencia del mero crecimiento económico en tanto aquél marca simplemente diferencias en el producto bruto, en tanto el "progreso" denota una idea de avance en una dirección ética predeterminada.

El párr. 2° plantea el objetivo del equilibrio territorial en los siguientes términos "*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*".

En materia de educación se establece: "*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 y estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales*" (párr. 3°).

Y finalmente: "*...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*".

Es de destacar, también, que la reforma se ha basado en antecedentes diferentes a los que tuvo por vista la "Constitución histórica". Resulta obvio señalar que el constituyente no tuvo por base documentos similares a las *Bases* ni al proyecto de la Constitución de Juan Bautista Alberdi; la reforma de 1994 tuvo principalmente en cuenta, entre otros documentos, a los *Dictámenes* del denominado Consejo para la Consolidación de la Democracia y a la "reforma provisoria de 1972", impulsada por un gobierno *de facto* que pusieron el acento en la atenuación del "hiperpresidencialismo", el primero, y en la agilización de las funciones del Congreso, el segundo; entre otros importantes aspectos.

Pero el dato más importante a destacar en este sentido es que la Constitución histórica recibió en su interpretación la influencia del constitucionalismo estadounidense por la jurisprudencia de la *Supreme Court* y por los escritos doctrinarios, especialmente los recopilados en *El federalista* por Madison, Hamilton y Jay. No pocas veces se ha afirmado que la Constitución argentina ha sido "vaciada" sobre los moldes de la norteamericana, tema que fue objeto de una aguda polémica entre Alberdi y Sarmiento. La influencia de la jurisprudencia norteamericana sobre nuestra Corte Suprema ha sido muy importante y, en muchos temas, han seguido líneas paralelas, como ha ocurrido, por ejemplo, con la doctrina del "poder de policía".

La reforma de 1994 estuvo, en cambio, muy influida por el constitucionalismo europeo en el diseño de las nuevas instituciones propuestas (ej.: Defensor del Pueblo, nuevas garantías, etc.), y entre éstas ha tenido una marcada influencia la Constitución española de 1978, que sirvió de base y modelo para la redacción de distintos artículos. En ese sentido, mientras la bicentenaria Constitución norteamericana adscribe al liberalismo individualista, la Constitución española, una de las más recientes de Europa, proclama un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1).

No sólo se reformó una cantidad importante de artículos y se agregaron nuevas disposiciones, sino que también se ha modificado el "lenguaje", el estilo claro y abierto que caracterizaba a la norma fundamental que habían redactado Benjamin Gorostiaga y Juan María Gutiérrez, principalmente. Estas razones han hecho frecuente el uso de la expresión "nueva Constitución" y nos lleva a plantearnos si se trata de una Constitución nueva o reformada. Para nosotros está claro que debe hablarse de la "Constitución reformada", no solamente porque se trató de un caso de ejercicio de poder constituyente derivado (art. 30, CN), sino porque expresamente fue jurada la Constitución Nacional de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, legitimándose la reforma de 1957 y excluyendo la de 1949.

Para nosotros no es sólo una cuestión terminológica. En efecto, según se trate de una u otra cosa, cambiará la interpretación de la misma. Si se trata

de una Constitución "nueva", la interpretación debe centrarse en los nuevos principios incorporados, en tanto que si se trata de la Constitución histórica reformada, los nuevos principios deben interpretarse a la luz de los primeros y buscando el sentido que los complemente y adapte, sin perder la dirección original. Esta otra razón nos reafirma, aún más, en el criterio de interpretar que estamos ante una norma reformada y no ante una norma nueva.

Dicho todo esto, y tomando como premisa el carácter "liberal" de la Constitución de 1853, con algún ingrediente "social" proveniente de la reforma constitucional de 1957 y una influencia "católica tradicional", si aceptamos la posición de Sagüés de acuerdo con lo ya analizado, corresponde ahora determinar cuál es la ideología predominante en nuestra Constitución Nacional después del paso del constituyente de 1994, con su impronta aún más social, afirmadora del concepto de "desarrollo humano", de la "justicia social" y de la "igualdad real de oportunidades", al tiempo que consagra un derecho constitucional al "ambiente sano y equilibrado para las generaciones actuales y futuras" (art. 41), determina un componente ecológico, que no sólo es obligación del Estado sino también, y fundamentalmente, una postura ética. El pensamiento católico tradicional, por su parte, parece haber sufrido un retraimiento al eliminarse el requisito confesional para ser presidente de la Nación y al haberse desarrollado una "moral pública", no necesariamente identificada con el cristianismo.

¿Cuál es entonces actualmente el ideario constitucional argentino?, cabe preguntarse. ¿Cuáles son los principios dominantes entre tanta confluencia de ideas?

Creemos que, si bien la respuesta debe buscarse en los principios expresados en el texto constitucional, ellos no deben independizarse de una realidad circundante, de carácter sociológico, según gusta decir Bidart Campos, y que abarca la experiencia histórica, las preferencias sociales y el sentimiento colectivo. Por todas las razones expuestas, bien puede concluirse, a nuestro juicio, que el "constitucionalismo social" resalta en la Constitución argentina.

Pero es de advertir que el término no debe interpretarse bajo el estigma de izquierdas o derechas, superadas por la historia y las mismas realidades, como bien lo enseñara Norberto Bobbio. Por el contrario, en la Constitución argentina, el constitucionalismo social sólo se entiende dentro y no fuera, de la economía de mercado, como una continuidad "racional" del Estado liberal, reiterando lo expresado por Vanossi. De ese modo, el constitucionalismo social argentino es una síntesis del pensamiento constitucional que no contradice ni desecha los principios liberales, sino que los afirma en el sentido del Nuevo Estado: el modelo de competencia.

Pocas dudas pueden caber sobre la afirmación en cuanto a que el constitucionalismo se encuentra ligado con el sistema capitalista. No sólo por sus

orígenes, sino también porque el muro de Berlín ha caído, y con el también las utopías que pretendieron alejar al desarrollo económico de su intrínseca relación con el Estado de Derecho. Ya Maurice Duverger había señalado, años atrás, que era la economía de mercado la que se correspondía con el sistema democrático al priorizar, ambos, la libertad. La experiencia también demuestra que los niveles más altos de desarrollo se dan en aquellos países que guardan una adecuada correlación entre libertad económica y libertad política, como se desprende de los informes del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), donde se afirma: "...Es claro, al menos, que en la actualidad, los países que registran un mejor desempeño económico (medido de acuerdo con el PBI o el IDH) son también aquellos con una mayor dosis de libertad. E inclusive en países en donde el desarrollo económico y la libertad no han ido a la par durante algunos períodos (como el europeo oriental y el norte de Asia), ahora uno y otra se están acercando...".

Hoy la opción se da dentro del sistema capitalista, para determinar qué tipo de capitalismo queremos, uno que tenga al hombre como protagonista u otro que someta todo a la decisión del mercado.

Esta opción ha sido planteada con gran lucidez por Michel Albert en su difundida obra *Capitalismo contra capitalismo*, donde se plantea este debate. De ese modo el "neoliberalismo" es entendido como una revalorización de la economía de mercado que recoge los aportes del Estado social de Derecho en orden a corregir las deformaciones y desigualdades que el mercado produce y a realizar una sociedad más justa y equitativa. En la *Teoría de la justicia*, de John Rawls, se desarrolla y fundamenta esta importante cuestión. Es en este marco ideológico donde se aboga por una relación adecuada entre "transformación económica y seguridad jurídica", que coordine el principio económico de la eficacia con un Estado eficiente para asegurar los valores sociales porque, como bien señalara Octavio Paz, "el mercado sirve para fijar precios, pero no valores sociales".

Es por eso que el ideario constitucional argentino no se ha modificado sino que se ha completado a la luz de los aportes doctrinarios y de la necesidad de los tiempos, sin perder el norte libertario abierto en la Gesta de Mayo y grabado en el texto constitucional de 1853 a favor de la libertad y la iniciativa individual. Hoy, la preocupación por el desarrollo humano pone su impronta definitoria en el texto para elegir un capitalismo con rostro humano frente al economicismo del ajuste por el ajuste mismo. En esa línea también aparece el nuevo pensamiento de la doctrina de la Iglesia Católica que, a partir de la encíclica *Centessimus Annus*, de Juan Pablo II, reivindica el papel de la iniciativa individual en el desarrollo económico.

Finalizamos citando nuevamente a Octavio Paz: "...Hoy vivimos el alba de la libertad... ¿Cómo construir la casa universal de la libertad? Algunos nos dicen: ¿No olvidan ustedes a la justicia? Respondo: la libertad, para

realizarse plenamente, es inseparable de la justicia. La libertad sin justicia degenera en anarquía y termina en despotismo. Pero asimismo: sin libertad no hay verdadera justicia".

17. El Estado postbenefactor y la sociedad postindustrial

El nuevo modelo estatal prevaleciente en Occidente combinó los principios neoliberales en una síntesis entre el capitalismo clásico y la idea de justicia social o solidaridad proveniente de la etapa del "Estado benefactor". Pero el nuevo modelo toma como base el sistema de economía de mercado y pone su punto de atención en el equilibrio fiscal: no se pueden gastar los recursos que no se tienen.

El Estado social de Derecho se fundó en cambios en la concepción del gasto público motorizador de la Economía, según lo formulara el inglés John M. Keynes, conforme la política aplicada en el *Welfare State*; que en los Estados Unidos encontrara su propia versión en el *New Deal* propuesto por el presidente Franklin Delano Roosevelt en la década del '30.

Pero en la década del '70 se inicia la crisis del *Welfare State* y en el '80 cae el muro de Berlín, culminando la guerra fría y las tensiones entre los distintos modelos: el capitalismo y las economías centralizadas.

El capitalismo triunfante se enmarca en una nueva era que ha sido denominada de manera diversa por distintos autores que coinciden, en cambio, en cuanto a la similitud de sus características.

Alvin Toffler, en *La tercera ola*, escrita en los años setenta, realizaba una visión futurista de la sociedad postindustrial caracterizada por el fin de la fabricación masiva en reemplazo por la "empresa flexible", un crecimiento de la economía por el sector de los servicios, un gran desarrollo en el área electrónica y de comunicaciones y un desconcierto de la relación entre productores y consumidores, otrora diferenciados: sin pretender exactitudes indispensables en estos casos, puede afirmarse que Toffler acertó bastante en las predicciones sobre una organización social que va dejando los hábitos impuestos por un modelo de producción inoperante, en el siglo XXI. El cambio no es solamente el de la chimenea por la computadora, sino también el de una organización social y económica donde no sólo interesa la producción sino también, y en especial modo, la protección de los consumidores. Todos somos, en definitiva, consumidores en la democracia capitalista.

A estos aspectos se ha referido también con agudeza Daniel Bell al escribir sobre la estructura de la sociedad postindustrial, donde el Estado no aparece ya en un papel hegemónico sino arbitrando y canalizando el conflicto. Planteos similares sobre el papel del Estado en el buen capitalismo son los realizados por Anthony de Jassay en su obra *El Estado* y por parte de la doctrina alemana.

Bruno S. Frey, en *Para una política económica democrática*, va al fondo de esta cuestión al interpretar el importante papel que juegan las tendencias y preferencias de los consumidores en la decisión de la política económica.

No es extraño por ese motivo que el nuevo Estado ponga énfasis en la defensa del medio ambiente y de los consumidores.

En *Capitalismo v. capitalismo*, M. Albert coloca la discusión en su punto planteando la opción entre un capitalismo meramente mercantilista a un capitalismo con sentido social, contemplando al hombre no como objeto sino como sujeto y actor fundamental de toda actividad social, cultural, económica y política.

Subyace la idea de Kant: el hombre es un fin en sí mismo y no un medio para otros fines.

18. Las garantías constitucionales

18.1. Amparo

Se ha definido al amparo como una acción judicial breve y sumaria, destinada a garantizar los derechos y libertades constitucionales distintos de la libertad física (que está protegida por el hábeas corpus), que tiene un ámbito diferente del de los procesos ordinarios, por cuanto éstos —por su propia naturaleza— no pueden satisfacer la urgencia de la restauración de los derechos presuntamente conculcados, lo cual es un elemento esencial en el proceso de amparo.

El amparo argentino encuentra su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos conocidos como Siri y Kot.

En el primer caso, la Corte Suprema, mediante un sucinto y sencillo fallo dio nacimiento a este instituto frente a actos lesivos provenientes de la autoridad pública. En los considerandos del voto mayoritario se expuso que bastaba la comprobación de lesión a un derecho constitucional para que los jueces debieran restablecer el mismo en su integridad. En este fallo no se condicionó la figura a los procedimientos ordinarios.

En el segundo caso, la Corte Suprema hizo lugar a un amparo para restablecer el goce de derechos constitucionales lesionados por particulares. La naturaleza de la cuestión a resolver y el hecho de provenir la lesión de actos particulares hizo que la Corte fuera más estricta en cuanto a la procedencia del amparo y delineó a través del fallo cuáles eran los recaudos que debían reunirse para poder plantear ante la justicia esta garantía constitucional. Expresó que los jueces deberán extremar la ponderación y la prudencia a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios. Pero, guardadas la ponderación

y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional.

Este criterio, con altibajos, fue el que predominó hasta la regulación de la figura por la ley 16.986. Esta ley se apartó del criterio jurisprudencial imperante, ya que en su art. 2°, inc. a), dispuso que la sola existencia de vías judiciales o administrativas que permitieran la protección del derecho lesionado hacían improcedente al amparo, sin hacer excepción para el caso de que aquéllas fueran ineficaces.

Según Morello, esta ley produjo el apagamiento del amparo en la praxis del derecho vivo junto con la concurrente interpretación restringida de nuestros jueces, que le restaron aliento y espontaneidad a su adecuado ejercicio.

La mayor parte de la doctrina entendió que la norma debía interpretarse en el sentido de que no era la existencia de vías ordinarias lo que hacia improcedente el amparo, sino que era la inidoneidad o ineficacia de éstas, la que lo hacían viable.

En el fallo "Sindicato de Conductores Navales de la República Argentina v. Estado nacional" (ED 159-114), los Dres. Fayt y Petracchi expresaron que la actividad judicial que lleve el exceso de rigor en las formas, corre el riesgo de desnaturalizar tan potente garantía, tornándola de casi imposible actuación ante los estrados judiciales.

Sin embargo, estos aportes fueron insuficientes o no atendidos, por lo que la comprensión de la figura siguió adscripta a la ley reglamentaria, lo que impidió retornar a la buena senda ("Siri").

18.1.1. El amparo en la reforma constitucional

La nueva Constitución reformuló esta figura en términos muy amplios.

El nuevo art. 43, ley fundamental, reformada en 1994, expresa: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley" (1ª parte).

La nueva norma constitucional permite el ejercicio de esta acción no sólo para garantizar el ejercicio de derechos de jerarquía constitucional, sino también de aquellos contemplados en tratados internacionales o en leyes comunes.

El constituyente avanza en materia de control de constitucionalidad ya que le concede al juez, que entienda en la acción, la potestad de declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto y omisión lesiva, solución que ya había enunciado la Corte en el caso "Peralta" (ED 141-523).

Para Spota, el art. 43 constituye una acción procesal que se asienta directamente en la Constitución, es una normativa constitucional procesal.

Esto significa que, aun cuando la enunciación y ejercitación de la acción sean de naturaleza o apariencia procesal, estamos en el ámbito de lo constitucional. Más que acciones son verdaderos derechos y garantías constitucionales.

Para Morello la constitucionalización del amparo importó emancipar esta noblísima institución de cualquier vasallaje procesal. Su ejercicio, en las condiciones y observando los presupuestos que determina la misma disposición es directo: principal y no subsidiario (o puede jugar como alternativa subsidiaria).

Las provincias no podrán pretender imponer reglamentaciones locales o normativas propias que limiten o condicionen de cualquier manera que sea, la vigencia efectiva o inmediata de las acciones constitucionales procesales que nacen del art. 43, CN.

El alcance o sentido que debe darse a las palabras *medio judicial más idóneo* ha dividido a la doctrina, que ha tomado dos posiciones fundamentales.

Un sector, considera que la Constitución no ha innovado sustancialmente respecto de la naturaleza de esta garantía, y por lo tanto sólo se puede recurrir a ella cuando los procedimientos ordinarios son ineficaces o inoperantes para restablecer el derecho lesionado.

En este sentido Sagüés considera que el amparo sólo procede por excepción en aquellos casos en que las vías ordinarias no sean útiles para salvaguardar el derecho constitucional lesionado. A esta conclusión arriba interpretando literalmente el texto de la Constitución Nacional; entiende que, para alcanzar su verdadero sentido, debe partirse del criterio de que, como principio, los procedimientos ordinarios son generalmente más idóneos que el amparo para proteger los derechos vulnerados.

Para Quiroga Lavié, la regla constitucional no ha cambiado en absoluto las prácticas judiciales que han regido en nuestro país hasta el presente.

El otro sector, en cambio, considera que el amparo, a partir de la reforma constitucional se ha convertido para el litigante en una alternativa principal y directa a la que puede recurrir en tanto se den sus presupuestos, sin necesidad de acreditar que las vías ordinarias son ineficaces. El amparo deja de ser subsidiario de los otros procedimientos más idóneos o mejores.

En esta postura Morello parte del concepto de que para la tutela de los derechos fundamentales no hay, en principio, vía judicial más idónea que el amparo y que sólo por concepción puede ser desplazado por vías ordinarias.

Para Palacio, el amparo sólo puede ser desplazado por un procedimiento más expeditivo y rápido.

Rivas considera que el amparo sólo puede ser desplazado por vías procesales que hacen a la función jurisdiccional proteccional pero nunca por las vías procesales que hacen a la función jurisdiccional dirimente.

18.1.2. El amparo colectivo

El art. 43, párr. 2°, incorpora una modalidad novedosa para nuestro derecho público en materia de garantías, como es el denominado amparo colectivo.

Se trata de una ampliación del amparo individual o clásico.

En cuanto a los derechos afectados o restringidos, la nueva norma avanza sobre la regulación legal de la acción y en consonancia con los derechos consagrados en los nuevos arts. 41 y 42, amplía el ámbito de esta garantía para que sea utilizada en la defensa de los derechos del medio ambiente y del consumidor. También trata la problemática de la discriminación, como causal pasible de ser invocada para el acceso a la jurisdicción.

En relación con el primer punto nos encontramos frente a los llamados derechos de tercera generación o de incidencia colectiva.

Detrás de esta categoría de derechos subyace una gama variada de intereses difusos, cuya violación afecta a la ciudadanía en su conjunto o por lo menos a una importante porción de ella, sin desconocer la posibilidad de que existan afectados particulares como resultado de haber sufrido un daño directo en sus personas o en sus patrimonios.

Los derechos de tercera generación persiguen la protección de intereses difusos que son aquellos que no se sitúan en cabeza de un sujeto determinado, sino que se encuentran difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad, o inclusive de varias. Además los afectados no están relacionados por un vínculo previo y concertado.

El derecho constitucional va dando respuesta desde su óptica a una altísima gama de intereses generales, públicos, fraccionados, pero ciertos y con jerarquía, que requieren de una protección de marcado carácter preventivo como es característico en el derecho ambiental.

Se trata de una coparticipación colectiva de intereses. En este tipo de relaciones se tiene interés colectivo y supraindividual, lo que constituye la faz subjetiva de la cuestión. Es decir, si bien no se puede demostrar un perjuicio personal o actual, de todos modos quien participa de esta suerte de relación consorcial, compuesta por todos los damnificados actuales o potenciales, puede invocar una suerte de "cuota parte" que en tanto participe en la cuestión le da derecho a recurrir a la justicia.

Esto indica la voluntad del constituyente de dar cobertura a todos los supuestos posibles con los que medie una agresión presente o inminente y que de alguna manera agreda a parcialidades de la población.

18.1.3. Legitimación activa

La reforma reconoce legitimación propiamente dicha a favor de tres sujetos:

18.1.3.1. "El afectado"

Este término resulta por demás enigmático y extraño a la terminología jurídica clásica y a la utilizada en nuestro país.

La afectación de un derecho puede ser directa o indirecta. La primera se ajusta al concepto de derecho subjetivo; la restante, interesa a toda situación jurídica relevante que merece tutela jurisdiccional.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta el concepto de persona "directamente afectada" reconociendo en esa posición, además del titular del derecho fundamental vulnerado, a toda persona que tenga un interés legítimo en restablecer la legalidad, aun cuando no sea víctima.

Se ha señalado que el concepto de "persona directamente afectada", de conformidad con el art. 162.1.h de la Constitución española, hay que reconducirlo al de "interés legítimo". Entonces, no solamente tienen legitimación activa, para ejercitar el recurso de amparo, los titulares de la relación jurídica material que en él ha de discutirse, sino también los portadores de intereses generales, sociales, colectivos y difusos.

En nuestro país la idea de "afectado" divide la amplitud referida para el acceso a la justicia.

Un sector que podría denominarse restringido, asimila al afectado con el titular de un derecho subjetivo y por lo tanto que persigue la satisfacción de un interés legítimo.

Cassagne considera que: "si bien la cláusula constitucional permite interponer esta acción a toda persona (art. 43, 1ª parte), la segunda parte de dicho precepto exige como requisito para el acceso al proceso de amparo individual, que se trate de un afectado, es decir, de una persona que ha sufrido una lesión sobre sus intereses personales y directos, por lo que no cabe interpretar que la norma ha consagrado una suerte de acción popular al que, salvo los supuestos de excepción contemplados (Defensor del Pueblo y asociaciones de interés público) la cláusula permita la legitimación de los intereses difusos o colectivos en cabeza de los particulares" (Cassagne 1995:3).

En el mismo sentido Barra sostiene: "la legitimación reside en el afectado, que es la persona que puede invocar el 'daño diferenciado' que menciona Scalia, tal como ocurre con la situación prevista en el párr. 1° de la norma. Es el mismo afectado al que se refiere el art. 5°, ley 16.986 (ED 16-967), ya que es evidente que el constituyente, al utilizar idéntica terminología, no quiso apartarse en esta materia de lo que ya se encontraba consagrado en la ley y la jurisprudencia" (LL 1994-E-1087 y ss.).

Por otra parte, una posición amplia, piensa que una interpretación conjunta de los términos "afectado" y "derechos de incidencia colectiva en general", permite suponer una consagración de la legitimación para actuar a cualquier afectado en reclamo de los derechos colectivos.

Sagüés, Morello y Bidart Campos entienden que con la palabra "afectado" se cubre la legitimación para amparar intereses difusos (de incidencia colectiva en general). Se debe acreditar un mínimo de interés razonable y suficiente, de conformidad con figuras similares del derecho anglosajón, para constituirse en defensor de derechos de incidencia general o supraindividuales.

El derecho subjetivo está reservado para la primera parte del artículo, en cambio en la segunda es evidente que no se contemplan agresiones o daños de carácter, personal o particular, sino que se está aludiendo a derechos supraindividuales de incidencia colectiva que no son otros que los llamados intereses difusos.

Osvaldo A. Gozaíni, en una postura recientemente modificada, sostiene que pensar en el afectado como titular o "dueño" del derecho, sobrevalora el individualismo y las pertenencias exclusivas. Elude, en consecuencia, la misma dimensión que tienen los derechos de incidencia colectiva.

En su opinión, la noción de afectado amplía notablemente la legitimación para obrar. Será suficiente que un derecho o interés se altere de manera directa o refleja para que alguien que se crea razonablemente con derecho a su protección pueda requerir la calidad de parte procesal.

La afectación no refiere a la persona interesada, sino al derecho o garantía que toda persona tiene para defender una situación de tanta importancia que dilate las fronteras tradicionales de la legitimación para obrar.

Luego de la reforma, la justicia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este tema.

En un fallo de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, sala III, 8/9/1994 ("Schroeder, Juan v. Estado nacional [Secretaría de Recursos Naturales] s/amparo", ED del 14/12/1994), se ha establecido una primera interpretación del alcance de la legitimación que establece la norma a los efectos de la defensa de intereses de tipo colectivo.

Le reconoce legitimación a un vecino de la localidad elegida para la construcción de una planta de tratamiento de residuos peligrosos.

El nombrado entra dentro de la categoría "afectado" y se considera válida su pretensión de anular el correspondiente proceso licitatorio. En cuanto a la legitimación del amparista la Corte expresa que "el problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada, concurriendo desde luego los requisitos señalados, ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?".

Luego de este fallo se produce otro pronunciamiento en el mismo sentido (C. Nac. Civ., sala D, "Seiler, M. L. v. MCBA s/amparo", ED del 22/11/1995). Sostuvo la Cámara: "Cualquiera sea la posición que se adopte frente al art. 43, CN, no cabe duda de que la actora se encuentra legitimada para reclamar por un predio cuyas condiciones son inconvenientes para los habitantes de la ciudad y para las personas que en él habitan y que se encuentra ubicado a pocos metros de su domicilio real. Ello es así, en tanto no puede negarse que lo que allí acontece la afecta de un modo directo".

En la causa "Moro y otros v. Municipalidad de Paraná", el Tribunal Superior entrerriano adhiere a una postura amplia en la consideración del término "afectado". Igual que en los casos anteriores "afectado" aparece de algún modo bajo el ropaje de "vecino".

Gustavo Juan de Santis señala que el concepto de daño en las situaciones de tutela diferenciada no puede asentarse en la relación tradicional sino, por el contrario, habrá que rastrearlo por las disfunciones ambientales socialmente relevantes, de forma que sea cualquiera de los miembros de la sociedad afectada el que disponga de las acciones tutelares del bien común. Todo ello, agrega, conduce a la siguiente conclusión: "la legitimación ha de ser reputada con amplitud, debiendo entenderse por afectado a cualquier persona que invoque una disfunción relevante socialmente. De lo contrario, no resultará comprensible esa denominación para individualizar al legitimado que, de otro modo, caería en el concepto del párr. 1° del artículo. Esto es, si afectado es el titular de un derecho subjetivo, como pretende la tesis restringida, no tendrá sentido alguno la reiteración en esta segunda parte del precepto" (LL 23/8/1995).

En la provincia de Buenos Aires, la tesis de la amplitud cobra todavía más intensidad al insertarse con nitidez en el modelo del acceso a la justicia que ha consagrado el art. 15, Constitución local jurada el 19 de septiembre de 1994, conforme al cual la provincia asegura la tutela judicial, continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia y el deber de que los jueces decidan las causas en tiempo razonable, con el agregado básico —del que son destinatarios precisamente los jueces, todos ellos— de que no podrán interpretarse las garantías sino en la amplitud que emana de su propio texto y sin otras restricciones que las referidas normas permiten, pues darles otro alcance que prive a los ciudadanos de contar con ellas, sería inconstitucional y no podrán ser aplicadas por los jueces (art. 57, Código provincial).

18.1.3.2. Defensor del Pueblo

Su habilitación es una resultante del papel que cumple este nuevo actor constitucional como instancia pública de defensa de los intereses generales.

El origen de esta figura es el *ombudsman* escandinavo que actúa a la manera de delegado parlamentario ejerciendo la acción pública en representación de los ciudadanos.

Es un nuevo instituto de control en la Constitución argentina, creado dentro del ámbito del Poder Legislativo con autonomía funcional, sin obligación de recibir instrucciones.

Como ocurrió en otros casos, el constituyente ha remitido su organización y funcionamiento al dictado de una ley especial.

La ley de desarrollo constitucional que regula el instituto es la 24.284, modificada por la ley 24.379 y reglamentada por la resolución de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo.

En ellas se establece que el objetivo fundamental de esta institución es el de proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la Administración Pública nacional.

El titular de ese organismo es un funcionario denominado Defensor del Pueblo quien es elegido por el Congreso de la Nación. La duración de su mandato es de cinco años, pudiendo ser reelegido una sola vez. Toma posesión de su cargo ante las autoridades de ambas Cámaras prestando juramento de desempeñar debidamente su cargo.

El Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública nacional, y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente e inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos.

El art. 16, ley 24.284 establece que quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y los organismos de defensa y seguridad.

A la luz del nuevo texto constitucional, este artículo quedaría automáticamente derogado. El Defensor del Pueblo es uno de los legitimados activos en el nuevo art. 43 para interponer acción de amparo contra todo acto y omisión de autoridades públicas que signifique cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor y a los derechos de incidencia colectiva general.

Comparto la opinión de Spota en el sentido de que quedan sin validez y sin operatividad todas las limitaciones que en el plexo jurídico nacional o provincial existían hasta el 24 de agosto de 1994, con relación tanto al tema del amparo, como de sus diversas formas de aplicación o variables.

Según las conclusiones del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Santa Fe en junio de 1995, la legislación ordinaria del Congreso o las leyes locales no pueden contraponerse a las condiciones mínimas reguladas en el art. 43. El amparo es una garantía procesal y la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad abarca a todos los supuestos del art. 43, CN.

18.1.3.3. Asociaciones registradas

La inclusión de las asociaciones como legitimado tiene su origen en las *class actions* estadounidenses, que son acciones de clase o grupo que permiten ejercitar la acción a grupos organizados en un interés común, con iguales consecuencias para todos los integrantes del mismo.

Estas asociaciones representan un nuevo personaje con legitimación procesal activa que ahora es reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como tal.

Respecto de las asociaciones que propendan a proteger al ambiente, o la competencia, o aquellas que agrupen usuarios o consumidores, para tener o gozar de legitimación procesal activa, la Constitución enuncia que estén registrados conforme a la ley.

El párr. 2° del art. 43, señala que la ley determinará los requisitos y forma de organización de esas asociaciones.

En opinión de Spota es una circunstancia que aparecería de excepción dentro de toda la temática del art. 43, que le da absoluta operatividad, sin necesidad de norma reglamentaria alguna, a todos los supuestos del artículo.

A primera vista parecería que se necesita una ley que determine los requisitos y formas de organización de estas asociaciones, para dar operatividad a esta norma.

La ley que determinará los requisitos y formas de organización es de carácter excepcional. Dentro de la mecánica operativa de los institutos constitucionales procesales, como es el amparo a partir del art. 43 del texto constitucional vigente, hacen que mientras esa ley no exista, no por ello las asociaciones que puedan ingresar en el cuadro señalado en el párr. 2° del art. 43, carecerán de legitimación procesal activa.

La operatividad propia del derecho constitucional procesal hace que sea legítimo que mientras esa legislación no exista, las asociaciones podrán interponer acción de amparo exhibiendo y probando su existencia y organización.

El juez que entienda en la causa determinará si los requisitos y formas de organización de esas asociaciones cumplimentan razonablemente los propios, para otorgar legitimación procesal activa.

El Poder Judicial está autorizado, en cada caso, a suplir la omisión del Poder Legislativo.

Una parte de la doctrina sostiene que la ley que regule estas asociaciones no debe hacerlo en un sentido restrictivo. La protección de los derechos

no es privativa de grupos especializados sino que debe contemplarse también la participación de entidades preocupadas por el desarrollo productivo, así como por la preservación de los derechos de incidencia colectiva.

18.1.4. Extensión del amparo a derechos y garantías no constitucionales

Es muy importante destacar que el amparo está referido, de acuerdo con el primer párrafo del art. 43, no sólo a los derechos y garantías constitucionales, esto es que surgen del texto de la Constitución, sino también a derechos y garantías que sean consecuencia de tratados en que el Estado nacional es parte.

Y además, el amparo puede interponerse contra derechos o garantías que son lesionados, restringidos o alterados, y que nacen o hayan nacido de una ley, o se asienten en una ley.

En consecuencia, el ámbito de los derechos y garantías protegidos se extiende más allá de lo constitucional e ingresa a los tratados en los términos, no sólo de los incs. 22 y 24 del art. 75, CN, sino de cualquier otro tipo de tratados, en los que la Nación sea parte.

Y lo más destacado es que el amparo puede tener por objeto el cumplimiento de una ley común.

Lo expuesto da al amparo una extensión de trascendente envergadura y, al decir de Spota, sirve para ver al amparo en los términos del art. 43, como un derecho y una garantía constitucional por sí, y no en relación al bien jurídico amparado.

19. El hábeas corpus [435]

En nuestra doctrina constitucional ha existido cierta asimilación entre amparo y hábeas corpus, siendo frecuente denominar a esta última acción como "amparo de la libertad". Parece visualizarse que el fundamento que da lugar a esa frase ha sido también en parte el fundamento del art. 43 en cuanto a la consagración de un amparo genérico.

Sin embargo, y al momento de analizar cuál ha sido la "hoja de ruta" del hábeas corpus en nuestro derecho, no podemos dejar de advertir que el camino ha sido inverso y que no nació el hábeas corpus como una modalidad del amparo, sino precisamente al revés, fue el amparo el que nació como una modalidad de hábeas corpus, en una creación pretoriana que culminó con las sentencias de "Ángel Siri" (1957) y de "Samuel Kot" (1958), pero que

[435] DALLA VIA, Alberto R. - BASTERRA, Marcela I., *Hábeas data y otras garantías constitucionales*, Némesis, Buenos Aires, 1999.

fue generándose en otros precedentes, entre ellos el fallo "San Miguel" que constituyeron una extensión de la modalidad del hábeas corpus, ya aceptado por entonces para la libertad física, hacia otros derechos que no eran la libertad física. La lectura de las referidas sentencias es elocuente en ese sentido.

A decir de Sánchez Viamonte, "el hábeas corpus se da en amparo de todos los derechos que constituyen el elemento dinámico de la libertad (facultad de hacer) y de todas las inviolabilidades que constituyen su elemento estático (seguridad). Lo primero corresponde a la idoneidad humana; lo segundo a la dignidad humana... La libertad personal es un derecho declarado; el hábeas corpus es la garantía que asegura su efectividad, que no es un recurso de carácter procesal sino una acción de derecho público, garantía constitucional dada en amparo de los derechos individuales que en su conjunto constituyen la libertad personal (civil y política)".

El hábeas corpus encontró en nuestro país más temprana adopción como garantía constitucional que el amparo y fue precisamente su desarrollo el que abrió el cauce a la adopción del amparo. Así ocurrió que aun cuando no estaba expresamente enunciado, el hábeas corpus encontraba su "base constitucional" en el art. 18 cuando expresa que ningún habitante puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.

En el derecho comparado ha sido larga la evolución que ha llevado desde el interdicto romano del *libre homine libero exhibiendo* a la consagración del hábeas corpus en nuestro derecho y en los tratados internacionales de derechos humanos como actualmente ocurre. En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) se establece el derecho a la vida, el derecho de libertad y el derecho a la integridad física, como también sus garantías, implicando un catálogo de obligaciones de carácter supranacional que tienen jerarquía constitucional en la Argentina en orden a lo establecido en el art. 75, inc. 22.

Pero ha sido a través del derecho norteamericano y de su influencia en nuestro derecho constitucional que el hábeas corpus tuvo recepción en nuestro ámbito. La recepción del hábeas corpus en el derecho norteamericano, halla a su vez su origen en el derecho inglés a través de la *Carta Magna* (1215), del *writ of habeas corpus* y del *Habeas Corpus Amendment Act* (1679). En los Estados Unidos, la adopción del hábeas corpus data de la época de las colonias, que fueron las que traspolaron las instituciones imperantes en Inglaterra. En la Constitución de los Estados Unidos hay una consagración implícita del hábeas corpus en el art. I, Sección 9, al disponerse que "El privilegio del hábeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión". En la actualidad se utiliza como un recurso contra las sentencias penales, incluso aquellas que tienen autoridad de cosa juzgada.

En el año 1873 se consideró que el hábeas corpus federal podía utilizarse para revisar los errores sustantivos de los fallos judiciales, y en 1879 la Suprema Corte sostuvo que es posible impugnar por este instrumento las resoluciones apoyadas en una ley inconstitucional.

El sistema norteamericano presenta, sin embargo, algunas diferencias sustanciales con el nuestro, al inspirarse en un principio tendiente a disuadir a la policía de recurrir a medios ilegales para obtener pruebas de la comisión de un delito, ese sistema aplica, en cada área en donde una garantía constitucional pueda verse afectada, una regla según la cual, toda evidencia obtenida irregularmente no puede ser usada en juicio en contra del procesado.

A pesar de su temprana aparición en nuestro medio, sobre la base de los orígenes precitados, anterior a la propia aparición del amparo, se ha ido produciendo una frecuente asimilación entre ambas acciones, tal vez originadas en parte por su carácter de garantías especiales, distintas del recurso extraordinario de inconstitucionalidad y basadas en la operatividad de los derechos tutelados. De igual modo ha incurrido en el ámbito regional de la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica".

En esa asimilación entre hábeas corpus y amparo también ha tenido mucho que ver la amplia dimensión amparista en el ámbito latinoamericano, diferente como se sabe, al amparo existente en el ámbito constitucional español, donde el amparo en realidad se asemeja a nuestro recurso extraordinario. Se trata, este último, de un aspecto que debe tenerse muy en cuenta ya que se ve una confusión frecuente en el ámbito de nuestra doctrina procesalista y en verdad el amparo español lo único que tiene de tal es el nombre.

La amplitud del amparo como garantía principalísima arranca, como se sabe, de la propuesta de Rejón en la Carta Fundamental de Yucatán (México) de 1840, consolidándose en la Constitución de 1857 (arts. 101 y 102), hasta llegar a la Constitución mexicana de 1917, promulgada en la ciudad de Querétaro. Cabe destacar que desde el establecimiento del amparo no se ha conocido en el derecho mexicano la institución particular del hábeas corpus. A pesar de los distintos intentos para incorporarlo expresamente, siempre se justificó que la tutela de la libertad ya estaba asegurada dentro del juicio constitucional o amparo. Otro rasgo de esa amplitud es el que se expresa en el *mandato de segurança* brasileño que ostenta también gran amplitud al igual que el instrumento procesal de acción de tutela en Colombia. En el Perú, se denomina como "hábeas corpus" al instrumento de tutela de todos los derechos constitucionales —en términos inversos a lo que ocurre en nuestro país donde tiene alcance específico a la libertad física—.

La Convención Americana de Derechos del Hombre consagra el art. 25 bajo la denominación "Protección Judicial", donde se dice: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

En el art. 7 se trata del derecho a la libertad personal donde se dice: "Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

En la opinión consultiva OC-8/87 del 30/1/1987, la Corte Americana respondió a la consulta de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA sobre la vigencia de las garantías judiciales durante el estado de sitio, decidiendo por unanimidad que "los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al art. 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición".

En la opinión consultiva OC-9/87 del 6/10/1987, solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay para que la Corte Americana de Derechos Humanos aclare con precisión cuáles son las garantías fundamentales de la Carta que no pueden suspenderse ni aun en estados de emergencia, se dijo, también por unanimidad: "1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el art. 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención". También se decidió por unanimidad en la misma Opinión Consultiva que: "2. También debe considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el art. 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos".

Finalmente, también por unanimidad, se decidió: "3. Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el art. 8 de la Convención".

Resulta entonces, según lo dicho, que en el ámbito latinoamericano existe una tendencia a englobar conjuntamente el tratamiento de hábeas corpus y amparo; la Corte Interamericana, sin embargo, ha precisado las características de una y otra garantía. De ese modo ha dicho: "Es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". En cuanto al amparo, contenido en el art. 25.1 de la Convención, la Corte expresó en la mencionada opinión consultiva: "El texto citado (art. 25.1) es una disposición de carácter general que recogía la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y las leyes de los Estados Partes y por la Convención. Puesto que todos los derechos son susceptibles de amparo, lo son también los que están señalados de manera expresa por el art. 27.2 como no susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia".

Volvemos entonces al punto planteado en el comienzo. Dadas las características, los antecedentes, la "hoja de ruta" del hábeas corpus en nuestro medio, corresponde considerarlo un subtipo o una especie dentro del género amparo, o se trata de garantías de naturaleza distinta, con características propias y diversas. Creo que la verdad está a mitad de camino sin que ello desmerezca a las opiniones doctrinarias que la consideran un tipo especial de amparo limitado a la libertad física o ambulatoria.

Es verdad que tiene su propia "hoja de ruta" y su propia evolución que antes de la Constitución fue la ley 23.048, incluyéndose en el texto constitucional los tipos de hábeas corpus restrictivo, correctivo y preventivo y agregándose la figura de la desaparición forzada de personas, triste herencia de épocas no lejanas y que algunos fallos ejemplares de la Corte Suprema ayudaron a conformar, como "Timerman", "Zamorano" y "Pérez de Smith".

Desde nuestro punto de vista, una buena técnica hubiera aconsejado incluir la garantía de hábeas corpus en el art. 18 de la Constitución Nacional, norma liminar de protección a la libertad individual, inspirada en el decreto de "seguridad individual" de 1811 escrito por Mariano Moreno. Pero, como se sabe, la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional de 1994, prohibió expresamente las reformas a la primera parte ("Declaraciones, derechos y garantías").

El art. 43, que apareció en el capítulo segundo de la primera parte —introducido por la reforma— "Nuevos derechos y garantías", no impide ni dificulta el funcionamiento del hábeas corpus, toda vez que recoge su evolución jurisprudencial. Tampoco creemos que los requisitos de admisibilidad del amparo constituyan una traba para el ejercicio de esta acción en particular, y tampoco pensamos que en la acción de hábeas corpus quede excluida la posibilidad de declarar inconstitucional una norma, si bien, claro está, esto debería ocurrir en la sentencia y no en el "auto" de hábeas corpus. En todo caso, se nos ocurre que se trataría de un supuesto poco frecuente.

Es claro también que algunas expresiones del primer párrafo del art. 43 parecen estar más dirigidas a la acción clásica de amparo que al hábeas corpus, cuando se habla de la posibilidad de interponerlo —tanto por acción como por omisión— contra leyes y tratados internacionales. Nos parece que esa amplitud de consideraciones, como la problemática de la legitimación, escapan al ámbito habitual de esta garantía en particular que —sin dejar de ubicarse en el campo amplio del art. 43— debe interpretarse a la luz de disposiciones y antecedentes propios, entre ellos el art. 18 de la Constitución Nacional. Es bien conocida y reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de que las normas deben armonizarse, buscando dejar a salvo igual valor y efecto (principio de unidad).

Entendemos que desde esa perspectiva será más útil para un instituto enteramente nuevo como el "hábeas data", incluido también en el art. 43, aprovecharse del recorrido jurisprudencial del amparo, que para el hábeas corpus, una institución con fines y recorridos propios. Como en el viejo ejemplo aprendido en las aulas: no se trata de poner el vino viejo en odres nuevos.

20. El hábeas data

"Hábeas data" significa "tienes tus datos", el vocablo "hábeas" viene del latín, segunda persona del subjuntivo de *habeo, habere*, que significaría "téngase en su posesión", y "data", que es el acusativo plural de *datum*, es definido por los más actualizados diccionarios como representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos. Por lo que "hábeas data" quiere decir "que tengas los registros, los datos" [436].

"La difusión de la informática en todos los aspectos de la vida social, ha dado nacimiento a nuevas posibilidades, nuevos intereses, pero también nuevos peligros dando necesario nacimiento a una nueva disciplina jurídica".

Vanossi explica que el hábeas data es una parte minúscula de un tema abarcativo de dos facetas, una que denomina clásica o tradicional del derecho de la información y del manejo de ese derecho que ha tenido grandes

436 DALLA VIA, Alberto R. - BASTERRA, Marcela I., *Hábeas data y otras garantías constitucionales*, Némesis, Buenos Aires, 1999.

evoluciones en los últimos tiempos; y la otra que estaría dada por el "impacto" que han causado la informática, la telemática y demás medios recientemente incorporados a nuestra cultura. "Estas innovaciones pueden servir para el bien o para el mal. La falta de control o la falta de recursos o de herramientas en manos de los particulares para poder defenderse, en caso de que exista realmente una desviación de poder en el uso de estos medios, puede significar no sólo un perjuicio material, sino una honda lesión a los derechos de la personalidad humana".

El "hábeas data" como vía constitucional procesal, tal y con esa denominación, surge de la Constitución brasileña de 1988 y demás fuentes posteriores.

El origen de esta garantía, según Sagüés, se explica en virtud del desarrollo del llamado "poder informático", puesto que aquellos que hacen informática (productor, gestor y distribuidor de datos), están amparados en otro tipo de normas constitucionales, como las que establecen el derecho a comerciar, a trabajar, ejercer toda industria lícita, propiedad, etc., pero no están en la misma situación los registrados en archivos o bancos de datos, ya que los mismos pueden contener información equivocada, falsa, obsoleta, etc., para ser usada con fines discriminatorios o simplemente porque constituyen una lesión al derecho de intimidad de las personas. En igual sentido y con esas palabras en relación con el origen de este instituto se pronuncia la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal en autos "Branchi de Sáenz, Delia Ángela v. Sanatorio Greyton SA s/amparo" (sent. 6/7/1995).

Aunque aparezcan legisladas en forma conjunta las garantías constitucionales de amparo, hábeas data y hábeas corpus, la historia del hábeas data en nuestro derecho constitucional es muy distinta de la del amparo y el hábeas corpus, mientras que éstas surgen como resultado de la creación pretoriana, y sin estar contempladas específicamente en la Constitución, el hábeas corpus deviene del constitucionalismo clásico y reconoce su fundamento en el art. 18 de la Carta Magna; al amparo lo ubicamos con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, en México, contemporáneamente al nacimiento de los llamados derechos sociales y económicos; el hábeas data es una garantía que constituye una novedad en nuestro derecho interno y en el derecho en general, es plasmada en nuestra Carta Magna como una necesidad sociológica, puesto que estaba contemplada ya en diversos ordenamientos jurídicos de distintos países y en algunas Constituciones provinciales.

El art. 43 de nuestra ley fundamental hace mención de esta garantía como un subtipo del amparo, aunque no lo diga expresamente, regulándola en el tercer párrafo. Algunos autores establecen que esto es atribuido a una decisión del constituyente, Dromi y Menem lo titulan "acción de 'amparo'

especial, Vanossi establece que se trata de una garantía que pertenece al "género" amparo, un amparo especializado que debe satisfacer las necesidades reparatorias que nuestro tiempo exige, y en general es considerado así por la amplia mayoría de la doctrina. Bianchi plantea, sin embargo, que no sería obligatorio considerar al hábeas data como una modalidad del amparo, que bien podría constituir una acción independiente como lo es el hábeas corpus, sólo que en la Constitución está planteada claramente como una modalidad de la acción de amparo; y Gozaíni señala que se trata de un proceso autónomo, pero que mientras no se sancione una ley específica, deberá ser articulado como amparo.

Con base en lo establecido en la Constitución Nacional también la jurisprudencia la ha acogido como una forma de amparo, tal lo dispuesto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en autos "Rossetti v. Dun Bradstreet s/amparo" (sent. 19/5/1995) "cuando a través del amparo, un particular ejerce la acción de hábeas data".

Nosotros creemos que si bien está planteada como un subtipo de amparo, podríamos pensar si en realidad el motivo de ello no se debe a que se trató de una necesidad de regulación de una garantía, que no podía ser introducida de otra manera que en forma de especie de amparo en nuestra Constitución Nacional en la reforma de 1994, dado que no se encuentra contemplada en el art. 3 llamado "Núcleo de coincidencias básicas" de la ley 24.309 que declaró la necesidad de reforma; en dicho art. 3 punto N se establece "consagración expresa del hábeas corpus y el amparo", mediante "la incorporación de un artículo nuevo en el Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional", a simple vista parece ser que el instituto no está habilitado para el debate.

Pensamos que de no haberse regulado como una variable del amparo no había otra forma de introducción en nuestra Constitución, ya que si bien el hábeas data podría llegar a fundamentarse en los Tratados Internacionales introducidos en la reforma de nuestra Constitución de 1994, en el art. 75, inc. 22, tal el caso del art. 12 del Pacto de San José de Costa Rica, o en el art. 33 de derechos implícitos, no está establecido específicamente en ningún lugar con el nombre de "hábeas data", ni con tales características, ni especificación.

CAPÍTULO XII
LA PARTE ORGÁNICA

1. El principio de limitación del poder

La segunda gran parte en que se divide la Constitución es la llamada "parte orgánica", ya que en ella se trata sobre los órganos que ejercen el poder en nombre del pueblo en el sistema republicano, representativo y federal. Esta segunda parte a su vez se subdivide en dos títulos: El tít. I, que trata sobre el gobierno federal (arts. 44 a 120), y el tít. II que trata sobre los gobiernos de provincias (arts. 121 a 129), enfatizando de ese modo el modelo federal de Estado ya enunciado en el art. 1°. La norma clave o "norma de clausura" en esa división del poder (federal-provincial) es el art. 121 en tanto afirma 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". Oportunamente volveremos a referirnos a la relación entre el gobierno federal y las provincias cuando volvamos sobre el art. 121, pero por el momento, y a los efectos de tratar el principio de limitación del poder, nos limitamos a enunciar que el gobierno federal tiene *poderes expresos o limitados* en tanto que las potestades residuales u originarias son de los pueblos de las provincias, por mandato expreso de la Constitución.

En definitiva, de lo que en la parte orgánica se trata es de la limitación del poder, toda vez que la misma fundamentación racionalista que justifica la sanción de una Constitución escrita, es la que también justifica la limitación del poder, porque fue precisamente el ideario libertario de las grandes revoluciones, el fin de las tiranías para darle al pueblo el ejercicio de un poder controlado y limitado a través del ejercicio de la representación política. Ya hemos visto, al tratar sobre los arts. 1°, 22 y 33, cómo nuestro sistema político-institucional se fundamenta sobre la democracia representativa, principios que se han visto refirmados con los derechos de participación política de los arts. 37, 38, 39 y 40; pero una vez que los gobernantes han sido elegidos y se ha dado cumplimiento a la llamada *legitimidad de origen* de los gobernantes, cabe atender a la llamada *legitimidad de ejercicio* y ésta se da cuando los mandatos democráticos se cumplen dentro del ámbito que marca la Constitución y las leyes que reglamentan su ejercicio.

En ese sentido, ha sido probablemente Maurice Duverger quien mejor ha explicado la diferencia entre el poder, en sentido puro o brutal a la manera del *Leviathan* de Hobbes, y la autoridad, como forma racional del ejercicio del poder; la diferencia entre uno y otro término está dada por el debido respeto y cumplimiento del marco constitucional de las leyes que regulan procesalmente la sanción de los actos de gobierno; de manera que la diferencia tangible entre poder y autoridad estará dada en definitiva por la *legitimidad* de la acción de gobierno [437].

La preocupación por controlar o dominar el poder político es uno de los grandes dilemas o misterios de la ciencia política y por eso bien puede afirmarse que tal objetivo nunca alcanza a cumplirse cabalmente. Un autor francés, Bertrand de Juvenel, ha señalado que el racionalismo y la democracia constitucional sólo han conseguido transformar al *Leviathan* de Hobbes en un *Minotauro*, es decir, un monstruo algo menor pero no por ello menos fuerte o habilidoso.

Por su parte, nuestro maestro, el profesor Alberto Antonio Spota nos enseñaba en sus clases que el problema estaba en la naturaleza eminentemente discrecional o arbitraria de la lógica del poder político, mientras que la lógica del mundo jurídico —al que pertenece la Constitución— sigue el denominado principio de subsunción o de gradación normativa entre premisa mayor y premisa menor, cuyo mejor ejemplo es la llamada "pirámide jurídica" explicada por Hans Kelsen en su *Teoría pura del derecho* [438].

Para enmarcar el poder y dar concreción al principio constitucional de limitación, nuestra Constitución adoptó el sistema presidencialista y, acorde con su modelo estadounidense, adoptó la "tríada" o división de poderes atribuida a Montesquieu al diseñar para el gobierno federal (tít. I) la separación entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial como sistema de "frenos y contrapesos" *(cheks and balances)*, de modo que tales poderes se contrapongan y controlen entre sí.

La Constitución argentina, al igual que la Constitución de los Estados Unidos, ha creado un gobierno de poderes especificados o determinados expresamente. El Congreso no puede legislar sino sobre las materias que taxativamente le han sido encomendadas en el art. 75. Los tribunales federales no conocen sino de los juicios o conflictos que especifica la Constitución (arts. 116 y 117) o la ley. Los poderes del presidente, en época normal, son limitados (art. 99, CN).

Sin embargo, esa independencia no es absoluta; de manera que el ejecutivo es también un poder colegislador armado del veto suspensivo y concurre a la formación del Poder Judicial. Las cámaras que forman el Poder Legislativo tienen que hacer con el ejecutivo, por las funciones fiscalizadoras que ejercen; por el juicio político, o por el lado del consejo ejecutivo. El mismo Poder Judicial concurre indirectamente a moderar o dirigir la acción de los otros poderes. Existe entre esos departamentos una coordinación o coherencia necesaria [439].

[437] DUVERGER, Maurice, *Instituciones...*, cit.

[438] SPOTA, Alberto A. *Lo político...*, cit.

Hay más unidad y centralización en el sistema federal argentino que en el de Estados Unidos. La organización del gobierno se ha ajustado al concepto que desarrollaba Alberdi, al suponer que la Constitución general de la República debía preceder a las constituciones provinciales, debiendo empezarse por la sanción de aquélla; descendiendo luego, de los principios y bases que consagra, a la organización local. Ésta debía modelarse sobre la general, en vez de seguir en eso a la Unión americana, donde los Estados particulares tenían ya, de mucho tiempo atrás, sus constituciones parciales y su autonomía propia. Lo demás sería invertir el método racional y apartarse del que ha seguido todo país que ha necesitado romper con la tradición, para darse instituciones nuevas [440].

Finalmente queremos formular dos precisiones generales en relación a la "parte orgánica" de la Constitución. La primera es que si bien históricamente el principio de limitación del poder se concibió frente al poder del Estado y, más en concreto, con el inicio de las grandes revoluciones para confrontar con los poderes despóticos de las anteriores monarquías ilustradas, en la actualidad el poder no se encuentra solamente en el Estado, como bien lo ha planteado un escritor con la pregunta ¿Dónde está el poder? Nuestra Constitución que sigue un modelo clásico sólo da una respuesta parcial o limitada al problema de los llamados "poderes privados" (v.gr., el poder económico) en los arts. 42 y 43, en especial en ese último al prever la acción de amparo contra actos de particulares.

La segunda cuestión general es que a partir de la reforma constitucional de 1994 la *tríada* clásica ya no es tal porque a la secc. 1ª *Del Poder Legislativo* (arts. 44 a 86), a la secc. 2ª *Del Poder Ejecutivo* (arts. 87 a 107) y a la secc. 3ª *Del Poder Judicial* (arts. 108 a 119), se ha agregado una nueva secc. 4ª que trata *Del Ministerio Público* (art. 120), acentuado que ha sido superada, con el devenir dinámico de la realidad política y la complejidad en las funciones estatales, la otrora división rígida entre los poderes por una relación funcional o de colaboración que Karl Loewenstein adelantara al explicar las relaciones interórganos e intraórganos, porque en definitiva el poder es uno solo y en todo caso pueden dividirse las *funciones* [441].

[439] DE VEDIA, Agustín, *Constitución...*, cit.

[440] ALBERDI, Juan B., *Bases*, Jackson, colección Grandes Escritores Argentinos, Buenos Aires.

[441] LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona.

2. El imperio de la ley y el Estado de Derecho

Los conceptos de "imperio de la ley" y de "Estado de Derecho" (*rule of law, État de Droit, Rechstaat)* no solamente no son sinónimos sino que además cada uno de estos términos se encuentra sujeto a disputas sobre su definición normativa. Puede sin embargo afirmarse que la mayoría de las definiciones tiene un núcleo común o denominador común, cual es la que el sistema legal es un sistema jerárquico ordenado a partir de una constitución que aspira a su completitud como sistema a través de la existencia de principios lógico-formales que se ordenan conforme a la lógica de los antecedentes y que contiene normas de clausura del mismo sistema [442].

De tal manera resulta que las relaciones entre reglas legales se rigen entre ellas mismas, conforme a preceptos jurídicos y que no cabe lugar para el arbitrio o el capricho con que un actor en particular pudiera justificadamente cancelar o suspender las reglas que gobiernan su desempeño. De modo que puede afirmarse que en un Estado de Derecho no queda lugar para el accionar discrecional y que ni siquiera los funcionarios más encumbrados de un gobierno o sistema político pueden actuar *de legibus solutus*. Como bien afirma Joseph Raz: "el gobierno habrá de regirse por la ley y estar sujeto a ella", incluyendo "la creación de derecho que está en sí mismo legalmente regulado" [443].

También debe señalarse que el sistema legal o el estado legal es un aspecto del orden social global que, cuando funciona correctamente, confiere definición, especificidad, claridad y por lo tanto predictibilidad a las relaciones humanas. Este aspecto se vincula directamente con la seguridad jurídica, concepto que a su vez se relaciona con la idea de certeza o de previsibilidad por la que tanto abogaron autores como Hans Kelsen desde la filosofía del derecho o Max Weber desde la sociología.

La seguridad es un valor fundamental; constituye una condición indispensable para vivir en una sociedad medianamente organizada; sin ella no pueden existir otros valores básicos, no habría derecho estable ni sería posible la justicia distributiva. Para que el derecho sea realidad, necesita contar con el elemento seguridad que le permita aplicarlo, él dará nacimiento a la norma que se impone coactivamente, ésta no se puede detener ante la voluntad del sujeto, sino que obliga a respetarla. Cuando no contamos con la seguridad para obtener el cumplimiento de una obligación normativa o lo que se convenga legalmente sobre la base de ella, atentamos contra la estabilidad. Decía Recanses Siches "...no hay derecho donde no hay orden cierto y seguridad. Es verdad que no basta con crear un orden cierto y seguro, pues éste debe

[442] HART, H. L. *El concepto de derecho*, Oxford Clarendon Press, 1961; KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México.

[443] RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho*, Oxford University Press.

ser, además, justo. Pero no puede haber justicia donde no hay seguridad. Por lo tanto, podríamos decir que cabe que haya un derecho —orden de certeza y con seguridad impuesta inexorablemente— que no sea justo. Pero no cabe que en la sociedad haya justicia sin seguridad" [444].

Puede resumirse que la existencia del valor seguridad es indispensable, y que el mismo consiste en fijar un mínimo de certidumbre para aquellos que concluyen un acuerdo, lo que excluye el azar o cualquier factor que origine discusiones o debates, como sería confiar su observancia a la voluntad de cualquiera de las partes o del juzgador. La inseguridad nace en el mismo momento en que se introducen en las leyes conceptos imprecisos que hagan depender el ejercicio de un derecho del arbitrio subjetivo de una persona, así sea un juez.

Retornando a los dichos del autor antes citado "...El derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para calmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social. Sin seguridad no hay derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase" [445].

Para obtener resultados en términos de seguridad jurídica, Joseph Raz ha señalado que es condición necesaria que las leyes tengan ciertas características que el propio autor ha sistematizado: 1. Todas las leyes deben ser prospectivas, públicas y claras; 2. Las leyes deben ser relativamente estables; 3. La confección de leyes particulares debe estar guiada por reglas generales públicas, estables y claras; 4. La independencia del Poder Judicial debe estar garantizada; 5. Deben observarse los principios de la justicia natural (audiencias abiertas y equitativas y ausencia de sesgos); 6. Los tribunales deben tener poder de revisión para asegurar la conformidad con el imperio de la ley; 7. Los tribunales deben ser fácilmente accesibles; y 8. No debe permitirse que la discrecionalidad de las instituciones de prevención del delito pervierta la ley.

En un interesante trabajo, señala Guillermo O'Donnel que, desde una perspectiva desde la teoría de la democracia, el imperio de la ley o el *Estado de Derecho* debería ser visto no sólo como una característica genérica del sistema legal y del desempeño de los tribunales sino también como el gobierno de un estado democrático con base legal. Esto implica la existencia de un sistema legal que sea en sí mismo democrático en tres sentidos, primero que haga respetar las libertades y las garantías políticas de la "poliarquía"; segundo, que haga respetar los derechos civiles de toda la población; tercero, que establezca redes de responsabilidad y *accountability* que impli-

[444] RECANSES SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 10ª ed., México, 1991.

[445] RECANSES SICHES, Luis, *Tratado general...*, cit.

quen que todos los agentes, públicos y privados, incluidos los funcionarios en los puestos más altos del régimen, estén sujetos a controles adecuados y establecidos por ley de la legalidad de sus actos. Si satisface estas tres condiciones, el Estado no es tan sólo un Estado regido por la ley; es un *Estado democrático de Derecho* [446].

Deben vincularse también los conceptos de "buen gobierno" y de "calidad de la democracia" toda vez que, la consolidación de las reformas económicas y la puesta en marcha de un contexto de alta competencia requiere de una dosis de alta transparencia y *accountability*. La idea de "buen gobierno" remite a una noción actualizada de la idea tradicional de "gobierno". Contribuyen a la nueva configuración semántica, tanto la convergencia de nuevos valores como nuevas elaboraciones conceptuales, nacidas de una reconstrucción racional de la vasta experiencia histórica del Estado democrático contemporáneo en sus tres variantes fundamentales: la democracia liberal, la democracia republicana y la democracia deliberativa propia de los modernos debates sobre la justificación racional de la democracia [447].

3. Anomia y seguridad jurídica

Si bien importantes autores han expresado distintos conceptos de seguridad jurídica, sería muy extenso referirse a los mismos. Tampoco deseamos encerrarnos en una definición en particular. Preferimos optar por una descripción conceptual que nos libere de dogmatismos al tiempo que nos permita expresar la idea con precisión y claridad.

La noción de seguridad jurídica aparece enunciada por primera vez por un gran jurista de la escuela de los postglosadores, Baldo de Ubaldis, quien ya en los albores del Renacimiento defendió ardorosamente como fines del Estado, no solamente la tranquilidad y la paz sociales, proclamadas por santo Tomás de Aquino, sino también la inviolabilidad de los derechos individuales derivados del *status* de cada persona, considerada libre de querer, de obrar, y de disponer de sí y de sus bienes, acentuando ampliamente el valor de las relaciones jurídicas y exigiendo la plena tutela de los derechos adquiridos [448].

Pero serán los filósofos iluministas quienes difundan esta idea. En *El espíritu de las leyes* decía Montesquieu "...La libertad política consiste en la seguridad". Esos valores se garantizaban a través de la aplicación del principio de la legalidad y de la división de los poderes del Estado como protección de los ciudadanos contra el arbitrio de sus gobernantes [449].

La inviolabilidad de la propiedad aparece también en esta filosofía del constitucionalismo liberal, directamente relacionada con los principios de libertad y seguridad como derechos naturales del hombre y por consistir en uno de los objetivos económicos de la ascendente burguesía revolucionaria [450].

El Dr. Segundo V. Linares Quintana destaca que el concepto está expreso en numerosos antecedentes constitucionales, como el decreto de Seguridad Individual del 26/11/1811, el Estatuto Provisional de 1815, el Reglamento Provisorio del Congreso Constituyente del 3/12/1817, la Constitución de 1819 y la Constitución de 1826 [451].

Si bien nuestra Constitución Nacional no menciona a la seguridad jurídica de manera expresa en la parte dogmática, el principio forma parte de la norma constitucional de manera implícita, a través del art. 33 y directamente relacionada con las disposiciones de los arts. 14, 17 y 18.

Como señalara el Dr. Julio C. Cueto Rúa "...En momentos de confusión, de intolerable fractura de la continuidad del sistema institucional, económico o social, los argentinos hemos experimentado, casi al rojo vivo el incanjeable beneficio que representa convivir con la seguridad jurídica. La destrucción material y moral que importó durante décadas la inflación, la ausencia de representatividad de la moneda y la inestabilidad de los negocios han sido ejemplar evidencia de lo que afirmamos..." [452].

Si bien existe una idea de seguridad jurídica, esto no impide que existan diferentes puntos de vista o "enfoques" de la misma que parten desde el observador. A continuación nos referimos a algunos de ellos, sin pretender agotar la materia.

a) Desde una perspectiva sociológica de carácter amplio, la seguridad jurídica puede identificarse con el grado de acatamiento al ordenamiento jurídico que tenga una determinada sociedad. En un trabajo reciente, el Dr. Carlos S. Nino sostiene que la tendencia a la "anomia", o el elevado grado de incumplimiento de las normas, sean éstas jurídicas o convencionales, es una de las características de la sociedad argentina que explican nuestro subdesarrollo como Nación.

Según Nino, tales conductas además de ser violatorias de normas en el sentido formal, resultan disfuncionales en términos de beneficio social [453].

[446] O'DONNEL, Guillermo, *Las poliarquías y la (in) efectividad de la ley en América latina*, Paidós, Latinoamericana, 2002.

[447] ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio*, La Ley, 2003.

[448] Así lo explica LEGAZ y LACAMBRA, *Introducción a la ciencia del derecho*, Bosch, Barcelona, cap. V.

[449] MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, libro XII, cap. II, p. 234.

[450] Ver LEGAZ y LACAMBRA, *Introducción...*, cit.

[451] LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. VI, 8ª ed.

[452] CUETO RÚA, Julio C., "La crisis de nuestros días", JA 1991-I-870.

[453] NINO, Carlos S., *Fundamentos...*, cit.

La "anomia" en el terreno económico se ha expresado en la existencia de una "economía informal" que en la Argentina alcanzó niveles muy altos, según lo indica un libro de Adrián Guisarri [454].

b) Desde el punto de vista de la filosofía política, la seguridad jurídica ha sido expresada en términos de doctrina para fundamentar la obligación política, vinculándose su origen con la pretensión de imponer un orden incontrovertible e invulnerable. Así fue expresado por Bodin en cuanto a la aplicación de la idea de "soberanía" hacia el interior de la comunidad, y en sentido parecido se expresa la tesis de Hobbes en el *Leviatán* en tanto el poder del monarca dura mientras sea capaz de dar seguridad a los súbditos [455].

La tesis contractualista, si bien es más idílica, expresa fundamentos parecidos. La salida del estado de naturaleza significa un abandono de la situación de inseguridad de los más y su sustitución por un estado de certeza en el que cada cual sabe a qué atenerse [456].

En nuestros días, Robert Nozick justifica como moralmente válida la existencia de un "Estado mínimo" destinado a preservar la seguridad de los miembros del cuerpo social; recurriendo como ejemplo al de una "agencia de seguridad" [457].

c) Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, la seguridad jurídica reviste naturaleza óntica y ontológica. Al ser el derecho el ordenamiento del orden social, el resultado de la seguridad jurídica es el "orden", que es un concepto primario a todo valor superior.

La atención se fija, en un elemento formal, en la posibilidad de un marco de conducta invulnerable dentro del cual pueda desplegarse seguramente la vida política, social y económica de la sociedad. El último gran teórico de esta posición fue Gustav Radbruch, quien partiendo del relativismo axiológico de los principios elevó la seguridad jurídica a roles supremos del derecho, incluyéndolo como uno de sus valores [458].

No obstante que este enfoqué satisface las exigencias de certeza y previsibilidad que el mercado requiere, resulta insuficiente desde el punto de vista del progreso económico; si la seguridad jurídica solamente se conforma con el orden, no cabría realizar ninguna consideración cualitativa acerca de qué tipo de orden es al cual se aspira; si a la democracia de Locke y

454 GUISARRI, Adrián, *La Argentina informal. Realidad de la vida económica*, 1989.

455 BODIN, Jean, *Los VI libros de La República*; HOBBES, T., *Leviatán*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Ver CHEVALLIER, J. J., *Los grandes textos políticos*.

456 ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*.

457 NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, Tecnos, Madrid.

458 RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, p. 347. Ver MALAMUD, Jaime, separata de la obra de PINEDO, Federico, *La Argentina, su posición y rango en el mundo*, Sudamericana, 1971, y ensayos en su honor.

Rosseau o si a la autocracia de Hobbes [459]. Cuando Mussolini invitaba a "vivir peligrosamente" estaba en realidad enunciando que el orden del Estado fascista descansaba en la inseguridad de los derechos individuales [460].

Por otra parte, el mercado requiere algo más que certeza y previsibilidad; requiere de la libre concurrencia de las voluntades, libre de presiones, libertad de contratar; garantías a la propiedad y a los derechos emanados de ella. De lo contrario tampoco sería posible la realización de los valores de ese cuerpo social.

d) Para el derecho constitucional el concepto de seguridad jurídica se identifica con un concepto de seguridad individual que trasciende la seguridad meramente personal o física para extenderse también a los aspectos patrimoniales.

Recordando a Sarmiento: "...La Constitución no se ha hecho únicamente para dar libertad a los pueblos; se ha hecho también para darles seguridad, porque se ha comprendido que sin seguridad no puede haber libertad" [461].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a lo largo de su historia jurisprudencial ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema, reconociendo la importancia del principio de la "estabilidad" de las sentencias y decisiones judiciales finales (Fallos 235:501; 252:265; 250:750), así como de la propia seguridad jurídica, a la cual le ha reconocido "jerarquía constitucional" (Fallos 242:501; 252:134; 252:265; 250:750), habiéndose declarado que esa seguridad jurídica es "...una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento y cuya tutela innegable compete a los jueces" (Fallos 242:501) [462].

e) Desde el punto de vista del derecho en su aplicación práctica, es decir desde la jurisprudencia de los tribunales, la seguridad jurídica es una consecuencia de la aplicación de la Constitución y de los principios generales del derecho. En esa dirección, la inviolabilidad de la cosa juzgada y la irretroactividad de las leyes en materia penal y en materia tributaria, así como los principios de legalidad y de no confiscatoriedad, el respeto a la propiedad y a los derechos adquiridos aparecen como algunas de las manifestaciones más firmes de ese principio [463].

459 RADBRUCH, G., *Filosofía...*, cit.

460 LEGAZ y LACAMBRA, *Introducción...*, cit.

461 SARMIENTO, Domingo F., *Obras completas*, t. 20, p. 104, citado por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit.

462 Causa "Pensa SRL", del 19/12/1958.

463 Acerca de la importancia de la seguridad jurídica en el derecho tributario, puede verse el libro del Dr. Horacio García Belsunce, *Garantías constitucionales*, Depalma, Buenos Aires, 1984, así como los trabajos del mismo autor en las Academias Nacionales de Derecho y de Ciencias Económicas y en distintas publicaciones. También puede verse el libro de SPISSO, Rodolfo, *Derecho constitucional tributario*, Depalma, Buenos Aires.

La "cosa juzgada" aparece como el área más convocante de la invocación de la seguridad jurídica desde un perfil de estabilidad e inmutabilidad (Corte Sup., 13/8/1985, "FHJA", DJ 1986-1-289) (C. Nac. Civ., sala E, 15/3/1984, "Avico Lauría, Beatriz G. v. Umerez Gómez de Lauría, Carmen y otros", DJ 1985-1-556).

También se ha dicho que "...admitir una vez que el Estado pueda confiscar derechos adquiridos, puede ser el comienzo de un camino que concluya con todos los derechos..." [464]. Posición que guarda coherencia con el concepto de "propiedad" acuñado por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema que alcanza a "...todos los bienes apreciables que una persona posea fuera de su vida o su libertad..." [465].

f) Finalmente, existe una visión teleológica de la seguridad jurídica, y que se define como "seguridad en lo justo" [466]. El derecho es seguridad; pero ¿seguridad en qué?: seguridad en aquello que se considera justo y que a la sociedad de una época le importa fundamentalmente garantizar, estimarlo ineludible para sus fines.

Como afirma Recanses Siches "...Desde el punto de vista estimativo, debe afirmarse terminantemente que la justicia y los demás valores inherentes a ésta deben suministrar la orientación del derecho; y que, por lo tanto, lo que el derecho debe proporcionar es precisamente seguridad en lo justo. Ahora bien: certeza y seguridad son valores funcionales que todo derecho realiza por su mera existencia, sea cual fuere su cometido..." [467].

Esta idea se encuentra recogida en nuestro ordenamiento a través de la recepción del "principio de razonabilidad" que fuera definido por el fallecido maestro Juan Francisco Linares como la adecuación proporcionada entre los hechos y las normas, y entre éstas y la Constitución [468].

A nuestro juicio, es esta idea valorativa de la seguridad jurídica la que mejor se relaciona con el concepto, también valorativo, de progreso económico.

Si bien nos hemos preocupado por dar un concepto de seguridad jurídica, debe atenderse a que toda visión que tome a la misma como objeto sólo sirve a los efectos teóricos. En su ejercicio, y por propia definición, la seguridad jurídica es instrumental, aun cuando sea pasible de apreciaciones axiológicas, según hemos visto.

464 Ver el tratamiento del tema en el libro del Dr. LIENDO (h), Horacio T., *Emergencia nacional y derecho administrativo*, Centro de Estudios para la Nueva Mayoría, Colección Estudios, 1990.

465 Fallos 156:48.

466 RECANSES SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.

467 RECANSES SICHES, *Nueva filosofía...*, cit.

468 LINARES, Juan F., *La razonabilidad de las leyes y el debido proceso sustantivo*, Astrea, Buenos Aires.

Es el respeto por las normas y por los procedimientos lo que diferencia a las naciones desarrolladas de las subdesarrolladas.

En épocas de transformación, cuando la realidad cambia vertiginosamente el derecho debe ir adaptándose. Es una tarea difícil que depende en gran medida de la calidad de la legislación y de la prudencia y sapiencia de los jueces. Como señalara el Dr. Marco A. Risolía "El derecho es un orden pero nada más difícil que ordenar la realidad cuando todo se mueve" [469].

Muchas veces han sido los hechos los que obligaron a un cambio en la interpretación de la norma o en la legislación, como ocurrió con el paso del nominalismo a la indexación en el primer caso y con el divorcio vincular en el segundo. A veces hay razones de justicia que se imponen a la seguridad.

Pero no por ello debe pensarse que el derecho deba ir cambiando al ritmo de la realidad. Debe acomodarse y servir a ésta, pero sin dejar de lado los principios y los procedimientos. El derecho representa el "anclaje" de la realidad a los principios. Como destacara Ihering, la permanencia de las tradiciones en el derecho es un sabio equilibrio entre la inmutable realidad y los valores permanentes que identifican a una cultura [470].

De allí también que, teniendo la seguridad jurídica carácter instrumental, su realización como valor se dé con el cumplimiento del derecho y no con su vulneración en aras de otros fines. Para Maquiavelo el fin justifica los medios; para Kant, en cambio, el cumplimiento del derecho supone un imperativo ético ya que su fin es valioso para la sociedad. La seguridad jurídica se relaciona con la seguridad de estas ideas [471].

469 RISOLÍA, Marco A., "La determinación de precios y valores y el reajuste de las obligaciones de dar sumas de dinero. Un firme avance en las atribuciones de los jueces", *Anales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, nro. 25, p. 389.

470 En *La lucha por el derecho*.

471 MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, Bruguera; KANT, E., *Principios de filosofía*, ver GONZÁLEZ VICEN, *Filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, España.

CAPÍTULO XIII

EL PODER LEGISLATIVO

Siguiendo también el modelo de la Constitución de los Estados Unidos, nuestra Constitución Nacional trata del Poder Legislativo en primer lugar entre los poderes del Estado, aunque aquella Constitución en realidad comienza desde su art. I con este tema porque la declaración de derechos, que fue posterior en el tiempo, se agregó al final como "enmiendas" que fueron diez al comienzo y se fueron sucediendo después las restantes.

Pero hay otra razón que también justifica la ubicación del Legislativo en primer lugar, y éste es el carácter de más directo representante de la voluntad popular, toda vez que es el Congreso el órgano representativo por naturaleza, el espejo que refleja más fielmente a la sociedad política y el ámbito de elaboración de la "voluntad general" que se expresa en la ley como el acto de gobierno por antonomasia en el Estado de Derecho. Rousseau decía *"dentro de la ley todo, fuera de la ley nada"* y el principio de reparto de nuestro sistema jurídico, que es el art. 19, CN, enfatiza ese criterio cuando fija en el llamado "principio de legalidad" el límite entre lo prohibido y lo permitido.

La república representativa se funda en el respeto a la ley como expresión de las mayorías y en el respeto a la Constitución como garantía de las minorías contra los eventuales abusos de aquéllas. Por eso nada es superior a la ley —excepto la Constitución— y cuando la ley contraríe la Constitución podrá ser declarada inconstitucional.

La consideración de la ley como norma general y abstracta aplicable con fuerza obligatoria para todos los habitantes de la Nación ha ido sin embargo perdiendo la fuerza que las corrientes positivistas del derecho en algún momento le otorgaron, bajo la pretensión de una ordenación abstracta del todo social que, en definitiva, no ha constituido sino un pretencioso anhelo del racionalismo.

Lo cierto es que las necesidades de la especialización y de la técnica en sociedades cada vez más complejas han ido trasladando la elaboración de las normas a los distintos departamentos o dependencias del Poder Ejecutivo, dado que la excesiva generalidad de los órganos legislativos atentan precisamente contra lo específico de cada función. Por ello, y a pesar de que, en

la práctica, por razones de oportunidad y urgencia muchas veces se ha trasladado hacia el Poder Ejecutivo la elaboración de normas generales, lo cierto es que la presunción de legitimidad así como la iniciativa legislativa como principio descansan en cabeza del Poder Legislativo que es a quien corresponde en el Estado de Derecho la función de hacer la ley. Ello sin perjuicio de otras funciones muy importantes como, v.gr., la función de control.

Se puede afirmar que los primeros antecedentes históricos de un cuerpo legislativo aparecen en Inglaterra, como consecuencia de la Carta Magna que los barones consiguieron suscribir con el rey Juan Plantegenet, conocido como *Juan sin tierra*, en Runnimede, en el año 1215, y en la que se formula por primera vez el concepto de *not taxation without representation*, y el derecho de petición *de los hombres libres del reino*, lo que modernamente se conoce como el principio de legalidad en materia fiscal y derecho de peticionar, cuya fundamentación fue enunciada ya por John Locke.

En esas cláusulas se establecía que el rey se abstendría de imponer gravámenes sin el acuerdo del Consejo del reino, salvo para rescatar al rey o su familia en caso de cautiverio, para armar caballero al mayor de sus hijos y para casar a la mayor de sus hijas, que eran las excepciones aceptadas por las costumbres del reino, estableciéndose además que el Consejo del reino estaría compuesto por los pares temporales (obispos, nobles y terratenientes).

Pero el primer Parlamento extraordinario en la historia de Inglaterra fue convocado por Simón de Montfort, conde de Leicester, que sancionó los denominados "estatutos" de Oxford, convocando otro Parlamento en 1265 que limitó los poderes del monarca. En este Parlamento se convocó por primera vez a los "comunes", es decir a los representantes de los burgos, ciudades, villas y condados. A partir de entonces comenzarían verdaderamente a utilizarse la expresión "Parlamento" que sería incorporada al *common law*. En 1297, con la sanción del estatuto *"De tallagio non concedendo"* donde se reafirmó la ilegalidad de los tributos impuestos sin el acuerdo parlamentario [472].

A partir del siglo XV la Cámara de los Comunes comenzó a dirigir peticiones al rey, demandando reclamaciones de interés general, a cambio de votar los impuestos, siempre mayores, requeridos por el monarca. Estas peticiones, denominadas "*Bills*" eran llevadas al rey por el presidente de la Cámara o *speaker*.

En 1611, el rey Jacobo I solicitó al Parlamento la aprobación de un impuesto de 200.000 libras que le fue denegada. Ante ello el monarca disolvió el Parlamento, hechos que se repitieron diez años más tarde, cuando ante el pedido de un nuevo impuesto, el Parlamento solicitó a cambio competencias

[472] JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, *Sistemas políticos contemporáneos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969, p. 277.

políticas y legislativas; el rey no solamente volvió a cerrar el Parlamento sino que además arrestó a siete diputados acusados de traición. El sucesor, Carlos I, convocó a un nuevo Parlamento, y en 1628 aceptó la *Petition of rights* que restringió las prerrogativas reales. Poco después, el Parlamento se atribuyó el poder exclusivo de la creación de impuestos y contribuciones, provocando la ira del rey quien arrestó a varios diputados y disolvió el Parlamento por un largo período [473].

La guerra civil que se desató posteriormente terminó con la ejecución de Carlos I Estuardo y la toma del poder por el *lord Protector* Oliverio Cromwell, quien reorganizó el Parlamento conforme al *Instrument of Government* de 1653; pero con la restauración de la monarquía volvió a provocarse otra revuelta que terminó con un cambio de dinastía y el nuevo monarca Guillermo de Orange juró el *Bill of rights* que otorgó al Parlamento el poder exclusivo para legislar, transformándolo en un órgano independiente.

La Cámara de los Lores irá perdiendo poder a favor de la Cámara de los Comunes, de cuyo partido mayoritario surgirá el gobierno (gabinete). Esa tendencia se profundizó con Jorge III Hannover, monarca que no sabía hablar inglés, por lo que delegó sus prerrogativas en un primer ministro o *primus inter pares*.

En Francia, por su parte, la evolución del parlamento fue distinta de la inglesa. Los Estados Generales eran asambleas que raramente se convocaban para aconsejar al rey y sesionaban separadamente por estamentos: la nobleza, el clero y el tercer estado o estado llano. Cuando fueron convocados por Luis XVI en 1789, marcaron el comienzo de la sucesión de actos que culminarían con la Revolución Francesa. Los Estados Llanos se convirtieron en Convención Constituyente, sancionaron la Constitución de 1793 elaborada por el abate Sieyès, en la cual se creaba, como Poder Legislativo, a la Asamblea Nacional, la que —con muchos altibajos— subsistió hasta la actualidad [474].

En el siglo XIX, el movimiento constitucionalista que comienza con la Constitución de Filadelfia de 1787, se afirma en la mayoría de los países de Europa y América sobre la base de la libertad política y civil y de la igualdad ante la ley, integrándose el Poder Legislativo por representantes elegidos directamente por los ciudadanos, que sustituyen al pueblo soberano en su función de creación de normas jurídicas obligatorias para el mismo pueblo.

En el siglo XX, por su parte, el dato a destacar es la declinación del Poder Legislativo al tiempo en que se produjo una hipertrofia del Poder Ejecu-

[473] EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado...*, cit., t. IV, p. 140.

[474] ZARZA MENSAQUE, Alberto R., *El Congreso en la Argentina finisecular*, Colección Grandes Escritores Argentinos, Córdoba, 1986, ps. 26 y ss., cit. por EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado...*, cit., t. IV, p. 143.

tivo. Vanossi se ha referido a este tema sosteniendo que las causas de la crisis del Congreso exceden el nivel de la clase política porque responde a un fenómeno de toda la sociedad, destacando entre otros aspectos el achicamiento del rol de la clase política, el vaciamiento de las estructuras partidarias, la invasión de los contrapoderes, la falta de información y de asesoramiento eficaz del Congreso, etc. [475].

1. Organización del Poder Legislativo

En primer término es conveniente aclarar la terminología y referirse al "Congreso" que es la expresión utilizada por la Constitución Nacional y no al "Parlamento" que es un término que corresponde a los sistemas parlamentarios y no a los sistemas presidencialistas como el nuestro. También es conveniente aclarar en ese mismo sentido terminológico que el Congreso es un "órgano" y en él recae el Poder Legislativo, siendo necesaria para la sanción de las leyes, la intervención de ambas. El Congreso puede también reunirse en Asamblea Legislativa en circunstancias especiales (v.gr., acefalía o aceptación de la renuncia del presidente y vicepresidente, apertura de las sesiones ordinarias, etc.) pero en tales circunstancias no ejerce funciones legislativas.

Al iniciar la secc. 1ª, referida al Poder Legislativo, la Constitución adopta un sistema bicameral, de forma tal que la sanción de las leyes requiere la intervención de las dos Cámaras: a) la de "diputados de la Nación", que representan al pueblo considerado como un todo y b) la de senadores de las provincias, representantes de las autonomías provinciales que dieron origen a la Nación Argentina cuando en 1853 se reunieron en Congreso General Constituyente.

La reforma constitucional de 1994 introdujo la novedad de otorgar representación en el Senado a la Ciudad de Buenos Aires, que de este modo, pasa a tener representación en el Estado federal, por sí, independientemente de su condición o *status* de Capital Federal.

El sistema bicameralista está universalmente adoptado en las constituciones políticas, sea cual fuere el sistema político que las mismas establezcan. Con ello se busca la prudencia de una legislación más razonada y sopesada. Hay una anécdota clásica que refiere a un almuerzo en el hablaban de los debates de la Convención Constituyente de Filadelfia y en particular la organización del Poder Legislativo, siendo Jefferson contrario al sistema bicameralista de modo que interrogaba a Washington acerca de sus presuntas ventajas y mientras volcaba el café caliente en un plato explicaba que lo hacía

[475] VANOSSI, Jorge R. A., "¿Modernización parlamentaria?", ED del 20/9/1993.

para enfriarlo: precisamente eso hace el senado —contestó Washington— enfriar la legislación para apagar las pasiones con una mayor moderación.

En ese sentido González Calderón refería a los malos resultados que en Francia dio la Cámara única, citando el siguiente comentario del republicano Buzot: *"No es Robespierre quien ha muerto a nuestros amigos, como tampoco es Robespierre quien nos mata; morimos porque en Francia no hay dos cámaras porque la Convención no tiene quien pueda frenar el despotismo"* [476].

Sin embargo, el requisito del bicameralismo en la Constitución nacional está estrechamente ligado a la forma federal de Estado al ser el Senado la Cámara que representa a las provincias. De ello se desprende que el bicameralismo no es una condición obligatoria para las constituciones provinciales en los términos del art. 5°, CN. De hecho, varias provincias tienen legislaturas unicamerales.

A diferencia de la Constitución norteamericana, en nuestra Constitución la representación de la capital de la Nación en ambas cámaras del Congreso está abonada por nuestros antecedentes constitucionales y por una situación política de hecho al tiempo de la incorporación de Buenos Aires a la Confederación que no era posible destruir.

2. Composición de la Cámara de Diputados

Al tratarse de la elección de los representantes más directos del pueblo, el constituyente estableció la elección directa, sin segundas vueltas para esta categoría de cargos ni colegios electorales; de otro modo se hubiera debilitado el arraigo popular y su responsabilidad directa ante la ciudadanía.

A los efectos de la elección, la Ciudad de Buenos Aires y las provincias son consideradas como distritos electorales de un solo Estado. La fórmula es de Alberdi, y con ella se quiso acentuar la idea de la unidad nacional, toda vez que en su proyecto de Constitución se incluía a continuación esta frase: *"cada Diputado representa la Nación, no al pueblo que lo elige"*, enfatizando el carácter nacional de la representación (mandato representativo) por sobre la representación funcional (mandato imperativo).

Es importante poner de resalto que la Constitución establece que la Ciudad de Buenos Aires y las provincias son considerados a los efectos de la elección de diputados como *distritos electorales* y no como estados diferentes, de manera que los diputados representan al pueblo de la Nación, y no a cada una de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires como lo hacen los senadores.

El requisito constitucional en cuanto a que los diputados deben elegirse a simple pluralidad de sufragios ha sido interpretado por algún sector de la

[476] GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional...*, cit., t. 2, p. 368.

doctrina como una imposición de los sistemas electorales "mayoritarios" por oposición a los sistemas de representación proporcional (ver comentario art. 37). Desde otro ángulo en cambio se sostiene que la exigencia de una mayoría no debe excluir a las minorías que también deben estar representadas por imperio del principio representativo republicano.

El Código Electoral nacional ha reglamentado la elección de diputados nacionales estableciendo el sistema D'Hondt de representación proporcional, sistema que se utilizó por primera vez en nuestro país en 1957 para la elección de convencionales constituyentes.

En los últimos tiempos, en los debates doctrinarios sobre reforma política han crecido las críticas a los sistemas de representación proporcional al cuestionarse las listas cerradas o bloquedas, mal llamadas "listas sábanas" que en realidad son otra cosa.

El art. 45, CN, en cuanto establece la relación de los diputados con la población es el fruto de la reforma constitucional de 1898. Esa enmienda estableció además dos reglas importantes. Después de cada censo el Congreso fijará la representación, con arreglo al mismo. La base establecida podrá ser aumentada pero no disminuida por la ley.

En tanto que la modificación introducida a la primera parte del artículo por la reforma de 1994 debe relacionarse con el art. 44 en cuanto la representación de la Ciudad de Buenos Aires en la Cámara de Diputados es independiente de su carácter actual de Capital Federal (conf. leyes 1029 y 2089); de modo tal que si en el futuro se dispusiera fijar la Capital Federal en otra ciudad, la ciudad de Buenos Aires mantendría el derecho a designar representantes.

3. La instalación de los primeros congresos

Los arts. 46 y 47 bien pudieron haberse suprimido en alguna reforma constitucional porque su redacción obedeció a razones históricas eminentemente transitorias que más bien les concedió el carácter de disposiciones transitorias destinadas a perder vigencia por el transcurso del tiempo que normas constitucionales dirigidas a sobrevivir a las generaciones y a los tiempos.

Los dos artículos precedentes figuraban en la Constitución de 1826 con ciertas diferencias que explica la historia. Los constituyentes de aquella época imitaron a los Estados Unidos que al constituir por primera vez la Cámara de Representantes carecían de un censo al cual ajustar el número de diputados o representantes, de conformidad con la propia regla que habían establecido, de modo que se vieron en la necesidad de fijar directamente los que correspondían a cada Estado, mientras ese censo no se verificara.

Cuando la Constitución fue sancionada, se estableció que la Capital debía estar representada, pero como no había capital, se postergó en el tiempo el cumplimiento de esa condición. Una vez producida la federalización de Buenos Aires en 1880 y con el consentimiento de su legislatura, la ley dispuso que la representación nacional por la Capital de la República y la Provincia de Buenos Aires, fuese distribuida conforme al censo de 1869 según lo establecía la ley del 30/6/1881. De esa época data la primera representación de la capital argentina en el Congreso [477].

4. Requisitos para ser diputado

El art. 47 determina los requisitos "para ser diputado", de manera que los extremos allí contemplados deben cumplirse al momento de asumir y no al momento de la elección o de la campaña electoral, ello sin perjuicio de que en el trámite de oficialización de candidaturas ante las correspondientes Juntas Nacionales Electorales se compruebe la concurrencia de tales extremos, aun con la previsión de la fecha en que asumirán los candidatos que resulten electos.

El caso que recuerda nuestra práctica constitucional es el del diputado socialista Alfredo Palacios, electo bajo la corta vigencia del sistema de circunscripciones uninominales impulsado por el ministro Joaquín V. González en 1902. Palacios fue elegido diputado por La Boca cuando aún tenía 24 años, pero resulta que ya había cumplido el límite constitucional de los 25 años al momento de presentar su diploma para jurar ante la Cámara de Diputados.

De manera que la norma en análisis debe concordarse con el art. 64, CN cuando determina que cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez. Pero también el art. 45 que exige como requisitos para ser diputado una edad mínima de 25 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, debe relacionarse con el art. 16, CN cuando requiere *idoneidad* para los empleos públicos.

5. Primera elección directa de diputados

La Constitución Nacional se apartó en el punto de su modelo estadounidense. Sólo como excepción, y a falta de una legislación nacional, se atribuyó a las legislaturas provinciales las facultades que la Constitución de los Estados Unidos entrega definitivamente a los Estados. En nuestro caso, en

[477] DE VEDIA, Agustín, *Constitución...*, cit.

cambio, es la ley nacional por mandato constitucional la que determina la calidad, derechos y deberes del elector; y son los jueces de la Nación los que conocen en materia contencioso-electoral.

En ese sentido, señala con agudez Agustín de Vedia que, el principio en virtud del cual los diputados y senadores deben ser naturales de la provincia que los elige, o tener en ella una residencia inmediata de dos años, guarda poca armonía con el sistema que entrega a las autoridades federales todo el proceso electoral [478].

6. Renovación de la Cámara de Diputados

El art. 50 en el texto originario de 1853 era el número 38 y fue aprobado por unanimidad en el Congreso General Constituyente en la sesión del 26 de abril de dicho año y siguió los antecedentes de las constituciones unitarias de 1819 y 1826, apartándose de la Constitución de los Estados Unidos que establece un período de dos años con renovación total de la Cámara (art. I, secc. 2ª, d.1).

El período de cuatro años con renovación por mitades que establece nuestra Constitución Nacional parece más razonable al otorgarle más tiempo a los representantes del pueblo a adaptarse a las funciones políticas que les tocará desempeñar en ejercicio del mandato popular.

Por expresa disposición constitucional, el cargo de diputado nacional es reelegible. No obstante, cabe recordar las enseñanzas de Aristóbulo del Valle en su cátedra en la Facultad de Derecho, cuando mencionaba entre las notas esenciales del sistema republicano la periodicidad de los mandatos; de donde entendemos que las reelecciones indefinidas son nocivas para el sistema constitucional.

González Calderón relata que el primer sorteo para la renovación bienal de la cámara después de organizada la Nación se practicó el 13/7/1855 en la ciudad de Paraná y que verificado el sorteo se extrajeron de la urna diecinueve cédulas porque los diputados de entonces eran treinta y ocho, comunicándose el resultado al Poder Ejecutivo [479].

En aquel primer Congreso de la Confederación se admitieron diputados y senadores suplentes por aplicación de una ley sancionada el 1°/12/1854, eligiéndose unos y otros de igual manera que los titulares. Otra ley del 22/8/1855 dispuso que dichos suplentes se renovaran en los mismos períodos establecidos para los titulares.

[478] DE VEDIA, Agustín, *Constitución...*, cit., p. 167.

[479] GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional...*, cit., t. 2, p. 410.

7. Elección en caso de vacante

El Código Electoral Nacional (ley 19.945 y modif.) dispone que "en caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un diputado nacional lo sustituirán quienes figuren en la lista como candidatos titulares según el orden establecido" (art. 164). Para Zarini se trataría de una norma inconstitucional toda vez que estaría introduciendo una variante contraria al mandato expreso del art. 51, Ley Suprema [480].

En tanto que otros autores, como Sabsay y Onaindia, desde una posición más mesurada se limitan a señalar una supuesta falta de coincidencia entre el texto constitucional y la "Constitución material" como forma de definir a lo que sucede en los hechos [481], destacando que en la actualidad, cuando se produce una vacante ella se cubre con el candidato ubicado en la misma lista a la cual pertenecía el anterior titular de la banca en cuestión, ya que se encuentra ubicado a continuación del último que ha resultado elegido de esa nómina y así sucesivamente.

Sin ánimo de ingresar en ninguna polémica al respecto, solamente señalamos que el temperamento seguido por el legislador guarda coherencia con un sistema proporcional como el D'Hondt en que el elector vota por "listas" de candidatos, de manera que en esa lista ordenada de nombres convalidada por la ciudadanía es donde queda determinada la voluntad popular en cuanto a la sucesión en las vacantes en la actualidad.

8. El privilegio de iniciativa en las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas

El origen de este privilegio de la Cámara baja se remonta al derecho inglés pero se traslada más tarde también al derecho norteamericano y ha pasado a formar parte de la tradición constitucional occidental de manera consecuente con el principio que manda no fijar impuestos sin ley *(no taxation without representation)*.

Según Blackstone es un antiguo privilegio, un derecho incontestable de la Cámara de los Comunes, que toda concesión de subsidios o socorros parlamentarios debe ser iniciada en esta Cámara y ser primeramente acordada por ella; aunque en algunos casos, estas concesiones no puedan tener efecto sino cuando son aprobadas por las otras dos ramas de la Legislatura [482].

[480] ZARINI, Helio J., *Derecho constitucional*, 2ª ed. actualizada, Astrea, Buenos Aires, p. 674.

[481] SABSAY, Daniel A. - ONAINDIA, José M., *La Constitución de los argentinos*, Errepar, Buenos Aires, 1994, p. 186.

[482] Citado por GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional...*, cit., p. 414.

Siendo la iniciativa de la Cámara de Diputados un privilegio y una excepción a la regla general, según la cual las leyes pueden tener principio en las dos cámaras (art. 77, CN) aquélla debería aplicarse siempre de una manera restrictiva, o desechándose toda interpretación tendiente a ampliar el conocimiento originario o privativo de las primeras.

Sin embargo, no es ésta la regla práctica, pues se ha creído que, en razón del principio constitucional, debe también iniciarse por la Cámara de Diputados, el presupuesto general de gastos, aunque no haya identidad entre esa ley y las de contribuciones, no bastando que exista relación entre ellas, porque esa relación podría descubrirse entre otras muchas leyes a las cuales, sin embargo, no se extiende el privilegio [483].

Es del caso señalar que la reforma constitucional de 1994 incorporó otras excepciones al principio general del art. 77, cuales son las referidas al Senado (v.gr.) en materia de leyes de coparticipación impositiva (art. 75, inc. 2°, CN).

9. Juicio político: la acusación por la Cámara de Diputados

Se refiere el juicio político al instrumento de control mediante el cual el Congreso puede separar de sus funciones a los más altos magistrados del gobierno federal: presidente, vicepresidente, al jefe de Gabinete de Ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El procedimiento prevé que la Cámara de Diputados formule la acusación, y que sea el Senado quien juzgue. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema (conf. art. 59). En la práctica, el juicio político ha sido un mecanismo rígido y poco utilizado, razón por la cual el Dr. Carlos Sánchez Viamonte lo asimilaba a "un verdadero cañón de museo".

La reforma constitucional de 1994 ha dejado subsistente el procedimiento para los magistrados ya mencionados pero ha excluido a los jueces de cámara y de primera instancia (tribunales inferiores) para quienes se ha establecido un sistema especial de remoción: el Jurado de Enjuiciamiento, tribunal especial para el enjuiciamiento de magistrados (art. 115, CN) que ya tenía antecedentes en el derecho público provincial.

Cabe recordar que en los debates de la Convención de Buenos Aires para las reformas a la Constitución Nacional, que tuvieron lugar en 1860 se eliminó el juicio político a los gobernadores de provincia, con fuertes críticas de Mitre tanto a los fundamentos de tal decisión como hasta la redacción

[483] DE VEDIA, Agustín, *Constitución...*, cit.

misma en que la cuestión era presentada. Ya en la propia Convención Nacional Constituyente de 1853, Gorostiaga se había opuesto con énfasis, pero sin suerte a la propuesta del diputado riojano Regis Martínez quien sostuvo que tras veinte años de despotismo y anarquía debían extremarse las formas de control del Congreso sobre todos los funcionarios.

La lista del art. 53 es taxativa y, por lo tanto, no puede ser ampliada por ley que incluya a otros funcionarios. Las causas de responsabilidad que pueden dar lugar a juicio político son: a) mal desempeño que incluye la falta de idoneidad, la ineptitud, la insolvencia moral, incluso la enfermedad del funcionario que puedan afectar el servicio público, su eficacia, su decoro, configurando esta causal; b) delito en ejercicio de sus funciones y c) crímenes comunes. A los efectos de estas dos últimas causales deben tenerse en cuenta la aplicación de las garantías previstas en el art. 18, CN [484].

La responsabilidad política se funda en el recíproco control de los actos de los poderes de gobierno, de manera que Loewenstein la definió como aquella en la cual "...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" [485]. El juicio político no es un proceso penal; en caso de comisión de delitos funciona como un antejuicio que, en caso de condena, habilita la instancia penal contra los funcionarios y magistrados aforados con inmunidad de jurisdicción penal.

A la inamovilidad que tienen algunos funcionarios se suma la inmunidad de jurisdicción penal. No son sin embargo privilegios absolutos, toda vez que la Constitución prevé el procedimiento para su destitución en los casos en que no cumpliesen debidamente su mandato o incurriesen en responsabilidades de tipo penal, de lo contrario se violaría el sistema republicano y se consagraría la irresponsabilidad.

Mientras que en un sistema de tipo parlamentario es suficiente con que el Parlamento quite la confianza al que gobierne, por no estar de acuerdo con el plan de éste o con ciertas medidas concretas; en el sistema presidencialista es necesario que el funcionario sometido a juicio político haya incurrido en alguna de las causales concretas de responsabilidad que enumera el artículo.

En el año 1974, tuvo lugar en los Estados Unidos el caso "Watergate", en el que el Comité Judicial de la Cámara de Representantes propuso a la misma cámara el *impeachment* contra el presidente Richard Nixon por obstruir la justicia, abusar de su autoridad constitucional y desoír las citaciones del comité. El resultado fue que Nixon renunció a su cargo.

[484] ZARINI, Helio J., *Derecho constitucional*, cit., ps. 743 y ss.

[485] LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría...*, cit., p. 70.

En la historia institucional argentina, por su parte, ha habido varios casos de juicio político a magistrados judiciales. Entre ellos, el más conocido es el que tuvo lugar en 1947 contra los ministros de la Corte Suprema de Justicia, Dres. Roberto Repetto, Antonio Sagarna, Benito Nazar Anchorena y Francisco Ramos Mejía y al procurador general de la Nación, Dr. Juan Álvarez. El único miembro de la Corte que no fue acusado fue el Dr. Tomás Casares, en tanto el Dr. Roberto Repetto renunció antes de iniciarse el juicio político.

Sobre este juicio político se han señalado sus irregularidades, así como el contenido ideológico que tuvieron los cargos al poner de manifiesto la incompatibilidad de los votos de los jueces con la política del gobierno [486]. Es decir, un claro ejemplo de lo que no debe hacerse. En el año 2002 se impulsó por parte de la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados una acusación contra los nueve ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyo dictamen fue rechazado por el pleno de la Cámara. Dicho dictamen cayó en el error de confundir causales de "mal desempeño" con una valoración del contenido de las sentencias, tema no sujeto a control político en orden al principio de división de poderes. Con posterioridad al rechazo de la Cámara el ministro Gustavo Bossert presentó su renuncia.

Ante un dictamen acusatorio posterior renunció el entonces presidente de la Corte, Julio S. Nazareno, en tanto que el ministro Guillermo Moliné O'Connor fue destituido por el Senado en un procedimiento de juicio político.

10. Composición del Senado

La norma argentina (art. 54), a diferencia de la de Estados Unidos, acuerda también representación en el senado a la Ciudad de Buenos Aires. Esa circunstancia tiene una explicación histórica y es que la ciudad de Washington fue fundada expresamente con el objeto de servir a las conveniencias y necesidades administrativas de la Nación, o sea para el uso exclusivo del gobierno de los Estados Unidos; en tanto que la idea de nuestros primeros estadistas fue fundar el gobierno federal sobre la base de la antigua capital del virreinato, de donde partió el movimiento revolucionario de 1810. Buenos Aires estuvo siempre representada en las Asambleas políticas. La Constitución de 1826, dictada inmediatamente después de declararse a Buenos Aires capital del Estado nacional, daba ya a ésta la misma representación que a una provincia en el Senado [487].

[486] PALACIOS, Alfredo L., *La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado,* Jus, Buenos Aires, 1947.

[487] DE VEDIA, Agustín, *Constitución...*, cit., p. 179.

La reforma constitucional de 1994 modificó la composición del Senado elevando la cantidad de senadores por cada provincia y por la Ciudad de Buenos Aires (conc. arts. 44 y 45) de dos (2) a tres (3), con la característica de establecer que, de los tres senadores que cada provincia elija en forma directa, dos (2) representarán al partido político mayoritario y el restante (1) al partido político que haya obtenido el segundo lugar, es decir, la primera minoría.

Esta composición del Senado, destinada a otorgarle representación a las minorías provinciales, tuvo como antecedente la denominada "reforma provisoria" de 1972 (arts. 46 y 48); pero presenta además otras novedades: a) La elección directa en reemplazo del mecanismo de elección indirecta practicada en nuestro país hasta la referida reforma y que se materializaba en que los senadores eran elegidos por las legislaturas de cada provincia, dependiendo, por ende, la representación provincial de la composición de las mismas.

b) El texto del artículo reformado indica que dos bancas corresponderán al "partido político" que obtenga el mayor número de votos, y la restante al "partido político" que le siga en el número de votos, de donde resulta una afirmación del rol de los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático, conforme lo señala el art. 38 de la propia Constitución.

El sistema de elección de senadores establecido por la Constitución es, en consecuencia, un sistema minoritario o de "lista incompleta" como fue el que en sus tiempos fijaba la ley 8871 o "Ley Sáenz Peña" para elegir diputados nacionales. En definitiva, el partido político que gane la elección de senadores por su provincia llevará dos tercios de los cargos de su "lista" y el partido político que obtenga el segundo lugar llevará el tercio restante.

Los defensores de la reforma en esta parte entienden que la participación de las minorías partidarias en el Senado favorece el pluralismo [488] en tanto que sus críticos entienden que se ha afectado la representación pura de las provincias y la capital para otorgarle un sentido partidocrático a la Cámara alta. Así se ha dicho que los responsables de alentar las reformas del Senado no privilegiaron la problemática federal porque estaban convencidos de que democratizándolo resguardaban su esencia federal [489].

Por su parte, los argumentos favorables a la elección directa sostenían que la reforma del Senado respeta su calidad de órgano representativo de las provincias. Se cambia el órgano provincial que designa a los senadores y no el origen de la representación. En lo sucesivo será el cuerpo electoral de las

[488] GARCÍA LEMA, Alberto, *Diario de Sesiones,* Convención Nacional Constituyente, 3ª sesión ordinaria, 18ª reunión, julio de 1994, ps. 2210/2011; PAIXAO, Enrique, *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 341.

[489] CUETO, Walter J., "El Senado por venir", en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, t. I, Depalma, Buenos Aires, p. 538.

provincias quien designe a los senadores y no su asamblea legislativa. La distinción aparece con claridad: no debe confundirse el órgano representativo ni su origen con el órgano que designa a sus miembros.

Siguiendo lo propuesto en los dictámenes del "Consejo para la Consolidación de la Democracia", la reforma ha reservado al Senado el rol de cámara iniciadora en algunos temas de estricto contenido federativo como es la propuesta de la ley coparticipación federal (art. 75, inc. 2°) y de normas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (art. 75, inc. 19). El proyecto que mencionamos, se había propuesto enfatizar el carácter del Senado como cámara de las provincias, disponiendo entre otros aspectos su intervención para el nombramiento de directores de empresas públicas y bancos estatales [490].

11. Requisitos para ser "elegido" senador

Remarcamos aquí que los requisitos que la Constitución demanda para ser senador nacional lo son al momento de la elección, a diferencia del caso de los diputados (art. 48) que los deben acreditar al momento de incorporarse a la Cámara. Ello sin perjuicio del art. 64 que de igual modo dispone que cada Cámara es juez de la elección, títulos y privilegios de sus miembros.

En definitiva, si bien el senador no es tal hasta su incorporación a la Cámara (art. 64, CN), goza de los privilegios correspondientes al cargo desde el momento de su elección por el pueblo de la provincia correspondiente o de la Ciudad de Buenos Aires (art. 69, CN).

Los requisitos que debe reunir al momento de la elección son: a) tener treinta años de edad, edad que para los poetas es la de los "amargos desengaños" pero para el constituyente prenda de experiencia y madurez, de firmeza y sabiduría [491]; b) haber sido seis años ciudadano de la Nación —la Constitución norteamericana requiere nueve—; c) el requisito de una renta anual de dos mil pesos fuertes, que hoy se encuentra desactualizado y desvalorizado y que respondía históricamente a una conformación aristocratizante de la Cámara alta; d) ser natural de la provincia que lo elige, tema en el que nos remitimos al comentario del art. 48 aunque advertimos que en el caso del senador, por la representación territorial que se inviste, ese requisito podría en su caso tener mayor asidero que el de los diputados.

[490] Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Dictamen preliminar* y *Segundo dictamen sobre la reforma constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1986/1987.

[491] DE VEDIA, Agustín, *Constitución...*, cit., p. 181.

12. Duración del mandato de los senadores

La reforma constitucional de 1994 modificó el mandato de los senadores nacionales de nueve (9) a seis (6) años, manteniéndose la posibilidad de la reelección indefinida y la renovación de la Cámara por tercios, cada dos años. La reforma transitoria de 1972 establecía un mandato de cuatro (4) años, al igual que la media sanción dada por la Cámara de Diputados a la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional de 1994.

Se buscaba por ese medio unificar el tiempo de duración de los mandatos de presidente y vicepresidente de la Nación con los de los diputados nacionales y senadores nacionales. Al tratarse en el Senado la ley 24.309, se elevó el plazo del mandato de los senadores de cuatro (4) a seis (6) años, como quedó finalmente sancionado en la Constitución reformada a pesar de los planteos judiciales que se efectuaron y que fuesen desestimados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante la etapa preconstituyente debido a las diferencias entre los textos aprobados por una y otra cámara del Congreso.

La incorporación de un nuevo senador por provincia y el procedimiento de renovación por tercios fue objeto de un complejo y minucioso tratamiento en las "disposiciones transitorias" agregadas al final del texto constitucional; en especial la cuarta y la quinta. En todos los casos, los candidatos deberán ser propuestos por los partidos políticos, y al ser elegidos se les designará un suplente para el supuesto del art. 62 (vacancia).

En opinión de algún sector crítico de la doctrina, el anterior plazo de mandato daba mayor tranquilidad, prudencia, sosiego y estabilidad al senador en su función, separándolo de preocupaciones electorales; otros en cambio creían que ese plazo de nueve años era demasiado largo y que unido a la reelección indefinida, "eternizaba" en el cargo a algunas figuras políticas. En los Estados Unidos tuvo lugar, originariamente, ese mismo debate sobre el mandato, estableciendo su Constitución un plazo de seis años renovándose la Cámara en tercios, creyéndose que es un término intermedio que no hace al Senado ni demasiado estacionario, ni demasiado movible.

13. El vicepresidente de la Nación

El vicepresidente de la Nación reemplaza al presidente en caso de vacancia, ésa es su función institucional principal. Sin embargo, no integra el Poder Ejecutivo que en nuestra Constitución tiene carácter unipersonal. Por lo tanto y mientras tal vacancia no se produzca, la función institucional del vicepresidente de la Nación es la de ser presidente nato del Senado de la Nación, cuyas sesiones preside, aunque sin voto, excepto en caso de empate.

El cargo de vicepresidente no existía en algunos de nuestros antecedentes constitucionales como la Constitución de 1826 ni en el proyecto de Constitución para las Provincias Unidas que redactara Juan Bautista Alber-

di, donde el presidente era reemplazado directamente por el presidente del Senado hasta que cesara el impedimento o se realizara otra elección [492]. Una curiosidad presentaba el proyecto de Constitución que elaborara Pedro De Angelis, donde el cargo de vicepresidente quedaba a cargo del gobernador de la Provincia de Buenos Aires [493].

Señala Serrafero que la institución tiene un cierto aire "monárquico" en cuanto a la justificación de su existencia. Así como el Rey tenía por derecho un sucesor, en la República presidencialista la continuidad del presidente también estaría asegurada legalmente ante accidentes terminales (muerte, inhabilidad, renuncia y destitución) producidos antes de la expiración del plazo del gobierno elegido. La intención era preservar la continuidad del gobierno y evitar un nuevo acto electoral con un criterio de economía político-institucional, todo ello desde la perspectiva de la eventual función ejecutiva [494].

De ahí que la elección conjunta de presidente y vicepresidente fuera entendida como garantía de la continuidad y un vicepresidente elegido aisladamente podría no tener la necesaria concordancia de ideas que debe caracterizarlo. La cuestión lleva a plantearse un problema de frecuente actualidad y es qué hacer cuando se encuentra vacante la vicepresidencia.

Para justificar la inclusión de la figura del vicepresidente de la Nación en la Constitución de los Estados Unidos, señalaba Hamilton en *El federalista:* "...El hecho de que se nombre a una persona especial para el puesto de vicepresidente ha sido objetado como superfluo, sino ya perjudicial. Se sostiene que hubiera sido preferible autorizar al Senado para que eligiera dentro de sí mismo un funcionario que ocupara ese cargo. Pero hay dos consideraciones que parecen justificar las ideas de la convención acerca del asunto. Una es que para asegurar en todo tiempo la posibilidad de una resolución definida en ese cuerpo, es necesario que el presidente tenga únicamente voto de calidad. Y sacar al senador de un Estado de su curul para ponerlo en la del presidente del Senado, sería cambiar respecto del Estado un voto constante por un voto eventual. La consideración restante consiste en que como el vicepresidente puede sustituir ocasionalmente al presidente en la suprema magistratura ejecutiva, todas las razones que apoyan el modo de elegir prescripto para el uno se aplican con gran fuerza a la manera de designar al otro" [495].

[492] SERRAFERO, Mario D., *El poder y su sombra. Los vicepresidentes*, Belgrano, Buenos Aires, 1999, p. 25.

[493] DALLA VIA, Alberto R., "Los aportes de Mariano Fragueiro y Pedro De Angelis a la Constitución histórica", JA nro. especial 150 años de la Constitución Nacional, abril 2003, p. 14.

[494] SERRAFERO, Mario D., *El poder...*, cit., p. 32.

[495] HAMILTON, Madison - JAY, *El federalista*, cit., nro. LXVIII.

14. El presidente provisional del Senado

Tanto el Senado como la Cámara de Diputados nombran sus autoridades sobre la base de lo dispuesto a los Reglamentos que cada Cámara se da, de ese modo, cada una de las Cámaras tiene un presidente y varios vicepresidentes, además de los presidentes de las Comisiones.

La Constitución se ocupa especialmente del presidente provisional del Senado porque podría ocurrir que el vicepresidente esté ocupando la vacancia del presidente de la Nación.

Además, conforme a la Ley de Acefalía 20.972, si se produjere el caso del art. 88 de la Constitución y estuvieren vacantes tanto la Presidencia como la Vicepresidencia, es al presidente provisional del Senado a quien corresponde el primer lugar en el orden de sucesión.

15. Actuación del Senado en el juicio político

Se discute en doctrina si el Senado actúa como tribunal de justicia o como órgano político. Para Agustín de Vedia el Senado carece de todos los requisitos propios de un tribunal de derecho: no es responsable, no es imparcial, es demasiado numeroso para ese fin y no está obligado a conocer el derecho [496]. Para Montes de Oca se trata de un punto que se mantiene oscuro y que da margen a dificultades dado que su naturaleza no surge nítida del texto constitucional [497].

Para otros autores entre los que cabe destacar a Joaquín V. González, Rafael Bielsa y Germán Bidart Campos, el Senado actúa como tribunal y el procedimiento debe respetar todas las garantías constitucionales del proceso penal, dictando sentencia "a verdad sabida y buena fe guardada", vale decir, sin sujetarse a los cánones de fondo, aunque respetando el debido proceso. Esta posición se apoya no solamente en el art. 59, sino también en el art. 118, CN cuando dispone que *"todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados"* [498].

Un tema que se ha discutido en nuestro país es si la renuncia de un funcionario acusado o próximo a ser encausado en un juicio político permite la prosecución de aquél o, al contrario, lo extingue. Para Ekmekdjian la renuncia del funcionario sometido a juicio político extingue la acción al ser un presupuesto de la misma la calidad de funcionario público [499]. En cambio

[496] DE VEDIA, Agustín, *Constitución...*, cit.

[497] MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones...*, cit., t. II, p. 191.

[498] ARMAGNAGUE, Juan F., *Juicio político y jurado de enjuiciamiento en la nueva Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 128.

[499] EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado...*, cit., t. IV, p. 295.

para Vanossi, la continuación del juicio político sería posible si éste hubiera sido iniciado antes de la renuncia, para hacer posible la inhabilitación, a que se refiere el art. 60, CN [500].

El efecto del fallo recaído en el juicio político no es otro más que destituir al funcionario, desapareciendo a partir de ese momento la inmunidad penal que tenía el funcionario. Cabe preguntarse si una decisión condenatoria del Senado cuando la causal fuere delictual o criminal hace cosa juzgada. En ese punto, es criterio mayoritario en la doctrina que el fallo del Senado es irrevisable por recurso extraordinario.

Considerar que el fallo del Senado reviste carácter de cosa juzgada, no solamente lo hace irrevisable sino que también impediría la aplicación del principio *non bis in idem*. No obstante, la mayoría de nuestros más importantes constitucionalistas entienden que si bien el fondo del asunto es irrevisable, no lo es en cuanto a la existencia de vicios de procedimiento graves que implicaran la violación de algún derecho constitucional, como lo sería, por ejemplo, la defensa del imputado [501].

La poca aplicación del juicio político en nuestra historia constitucional ha sido mitigada respecto de los magistrados inferiores de la justicia federal con la creación del "Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados" en el nuevo art. 115 incorporado por la reforma constitucional de 1994, a cuya lectura remitimos.

16. Acuerdo del Senado para declarar el estado de sitio

Es necesario el acuerdo del Senado para el caso en que el presidente de la Nación declare el estado de sitio en caso de ataque exterior al territorio de la Nación. En tal caso el Senado puede aprobar o rechazar la medida y controlar su plazo de vigencia.

A partir de la reforma constitucional de 1994 se ha dejado claramente establecido en el art. 43 que las acciones de amparo y de hábeas corpus mantienen su vigencia durante el estado de sitio, manteniendo así el principio del art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos del Hombre o "Pacto de San José de Costa Rica" incorporado al art. 75, inc. 22, CN, en cuanto dispone que no pueden suspenderse las garantías constitucionales durante los

[500] VANOSSI, Jorge R., "La posibilidad constitucional del juicio político a los ex funcionarios", JA del 28/8/1985, p. 51.

[501] BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, cit., t. II, p. 263; SAGÜÉS, Néstor P., "El recurso extraordinario federal y la judiciabilidad de la sentencia legislativa, pronunciada en el juicio político", LL 1987-B-447; VANOSSI, Jorge R. A., *Teoría constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, p. 155; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, cit., p. 556.

estados de excepción. En el mismo sentido se han pronunciado las opiniones consultivas 8 y 9 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Buena parte de la doctrina entiende que podría igual el presidente decretar el estado de sitio por ataque exterior estando en emergencia el Senado, aunque sujeto a aprobación posterior, ello por aplicación del principio general que autoriza a hacerlo de ese modo en caso de conmoción interior [502]. El presidente Bartolomé Mitre declaró el estado de sitio al producirse la guerra de la Triple Alianza con el Paraguay durante el receso del Senado en abril de 1865, decisión que fue ratificada por el cuerpo en mayo del mismo año.

En aquella oportunidad el Senado pretendió restringir el alcance territorial de la declaración solamente a las provincias afectadas por el conflicto bélico, pero finalmente se impuso mantener la redacción de la medida tal como la había enviado el presidente. La decisión fue correcta toda vez que el acuerdo se presta o no se presta, pero no implica avanzar sobre la facultad presidencial de la declaración; pudiendo en su caso el presidente, ante un eventual rechazo, insistir con otro proyecto de declaración de estado de sitio.

Durante la guerra por las Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur en 1982 no hubo declaración ante la invasión exterior porque el estado de sitio ya regía entonces en todo el territorio de la Nación; por otra parte, debe recordarse que el gobierno *de facto* había suprimido el Senado.

17. Senadores suplentes

Como diferencia con el art. 51, CN que prevé el caso de vacancia en la Cámara de Diputados, aquí se destaca la necesidad de cubrir la vacante *inmediatamente*, esto se justifica con el fin de no dejar descubierta o de manera descompensada la representación federal de todas las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires en la Cámara alta.

La reforma constitucional de 1994, resolvió esta cuestión en la disposición transitoria cuarta que rigió hasta la elección de senadores nacionales del año 2001 disponiendo que se elegirían en cada lista dos senadores titulares y dos suplentes, criterio que resultaba de práctica y rápida aplicación para dar solución al caso de vacancia.

18. El derecho parlamentario

Los artículos que siguen tratan sobre el llamado "derecho parlamentario", que fuera definido por Justino Jiménez de Arechaga como "la rama de la ciencia jurídica que investiga los principios a que deben ajustarse la cons-

[502] ZARINI, Helio J., *Constitución argentina*, cit., p. 249.

titución y procedimientos de las Asambleas legislativas" [503]. Para nosotros se trata de una rama del derecho constitucional que, si bien no tiene autonomía científica como es el caso del derecho administrativo o el derecho tributario, sí presenta características de especialidad a la que se aplican los principios generales del derecho constitucional.

En la autorizada opinión de Bidart Campos, el derecho parlamentario estudia la constitución, los privilegios y el funcionamiento de los cuerpos parlamentarios, comprendiendo: a) la constitución del parlamento o congreso en sentido formal, desde las sesiones preparatorias hasta la incorporación de los legisladores, abarcando el juicio sobre la validez de la elección, títulos y derechos de los mismos, la aceptación de sus diplomas, el juramento, la constitución de las autoridades. Además de lo relativo a la constitución del parlamento, el derecho parlamentario incluye: b) los llamados privilegios —individuales o colectivos— y c) el funcionamiento del cuerpo sesiones: clases, duración, modo de reunión, carácter de las mismas; formas de emisión de los actos de su competencia; quórum, mayorías de votos, etc. [504].

Un autor que ha profundizado los estudios de derecho parlamentario, el Dr. Carlos María Bidegain, ha realizado una clasificación del derecho parlamentario en constitucional y procesal. El derecho parlamentario constitucional "se aplica a conocer la estructura de la institución, los procedimientos de elección de sus miembros, la renovación de las cámaras, sus facultades disciplinarias, las garantías para su funcionamiento libre (los privilegios), sus atribuciones en materia política y normativa". El derecho parlamentario procesal "se ocupa del funcionamiento interno de la institución, de los aspectos que deben permitirle actuar como organismo dinámico en el cumplimiento de sus obligaciones" [505].

Otro autor que se ha dedicado a este tema y que ha escrito una obra es el profesor Jorge Horacio Gentile, para quien el derecho parlamentario argentino es la parte del derecho constitucional que estudia la organización, la constitución, el funcionamiento, los procedimientos y las competencias del Congreso, las legislaturas provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, y los concejos deliberantes municipales y las prerrogativas de sus integrantes [506].

Entre las fuentes directas del derecho parlamentario, el autor citado enumera a la Constitución, las leyes orgánicas y reglamentos del Congreso, el reglamento interno de cada Cámara, las resoluciones conjuntas de ambas Cámaras, las resoluciones de cada Cámara, las resoluciones de las presidencias de las Cámaras, conjuntas o separadas y distintas normas especiales. Entre las fuentes indirectas ubica los precedentes legislativos, la jurisprudencia y la doctrina.

Concluye que, independientemente del origen constitucional de la materia parlamentaria, por razones de orden práctico no es conveniente escindirla del derecho madre, ya que de hecho en la vida institucional el derecho parlamentario conforma un sector importante del derecho constitucional. Sin embargo, ello no obsta a su autónoma profundización: renovando, ya sea actualizando sus fuentes, impulsando los estudios e investigaciones sobre las materias que lo integran y creando las cátedras e institutos que lo enseñen y divulguen [507].

19. Sesiones ordinarias y extraordinarias

El período de sesiones ordinarias que la Constitución de 1853 fijaba entre el 1° de mayo y el 30 de septiembre se encontraba desactualizado porque respondía a tiempos en que la labor parlamentaria era reducida (se aprobaban pocas leyes en el año) y los medios de transporte dificultaban el traslado de los legisladores desde sus provincias a la sede del Congreso Nacional.

La reforma transitoria de 1972 había ampliado el período de sesiones desde el 1° de abril al 30 de noviembre. La reforma reciente amplio aún más ese plazo al fijarlo entre el 1° de mayo y hasta el 30 de noviembre; ello si perjuicio de que puedan prorrogarse las sesiones ordinarias o convocarse a sesiones extraordinarias por el presidente de la Nación. En el caso de estas últimas, sólo se tratará el temario propuesto por el Poder Ejecutivo. La ampliación del período de sesiones ordinarias cumple con uno de los objetivos fundamentales que tuvo en vista la reforma en cuanto a modernizar las instituciones, buscando dinamizar el funcionamiento de los órganos del poder.

Aclara también la nueva redacción que las Cámaras se reunirán "por sí mismas"; despejando una vieja discusión en la doctrina constitucional acerca de si era o no imprescindible que concurriera la voluntad del presidente de la Nación para iniciar el período parlamentario ordinario, toda vez que debía el mismo en tal ocasión (1° de mayo) "dar cuenta al Congreso del estado de la Nación" (ex art. 86, inc. 11), haciendo la apertura de las sesiones. El nuevo art. 99, inc. 8° mantiene esa costumbre entre las atribuciones del presidente, pero su concurrencia o no concurrencia no es condición para que las sesiones se inicien. Fuera de las sesiones descriptas, es de recordar que

503 JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Justino, *El Poder Legislativo*, t. II, Montevideo, 1906, p. 9.

504 BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 245.

505 BIDEGAIN, Carlos M., "Notas sobre el derecho parlamentario argentino", *Notas y Comentarios*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, p. 660.

506 GENTILE, Jorge H., *Derecho...*, cit.

507 GENTILE, Jorge H., *Derecho...*, cit., ps. 25/26.

las Cámaras suelen realizar "sesiones preparatorias", previstas en sus reglamentos, antes de iniciar el período de sesiones ordinarias.

Las sesiones preparatorias son anteriores a las ordinarias y durante las mismas se incorporan los legisladores y se eligen las autoridades de las Cámaras, en tanto que, durante las sesiones ordinarias, las Cámaras ejercen todas las atribuciones que la Constitución les acuerda. Las sesiones extraordinarias tienen como finalidad exclusiva aquella para la que fueron convocadas por el Poder Ejecutivo. En cuanto a las llamadas "sesiones de prórroga" a que refieren tanto el art. 63 como el 99, inc. 9° al referirse a las atribuciones del Poder Ejecutivo, es de señalar que tal prórroga debe producirse antes de concluidas las sesiones ordinarias, toda vez que de lo contrario, se estaría ante un llamado a sesiones extraordinarias.

20. Prerrogativas y privilegios parlamentarios

Se trata de inmunidades o privilegios que se conceden en función de los cargos y no de las personas que los ocupan, por lo tanto no son garantías individuales como las establecidas en la parte dogmática de la Constitución. Tampoco vulneran la garantía de igualdad ante la ley que consagra el art. 16, CN, porque están destinadas a asegurar el funcionamiento del Poder Legislativo.

Joaquín V. González definió a los privilegios parlamentarios como "todos los derechos y poderes peculiares de las Asambleas Legislativas; indispensables para su conservación, independencia y seguridad tanto respecto de sus miembros, como del conjunto de la corporación" [508].

En el *leading case* "Leandro Alem" (1893) la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que "...La Constitución no ha buscado garantizar a los miembros del Congreso con una inmunidad que tenga objetos personales, ni por razones del individuo mismo a quien se hace inmune. Son altos fines políticos los que se ha propuesto, y si ha considerado esencial esa inmunidad, es precisamente para asegurar no sólo la independencia de los poderes públicos entre sí, sino la existencia misma de las autoridades creadas por la Constitución".

21. Juicio sobre elecciones, derechos y títulos de sus miembros. Quórum

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto desde antiguo que cada Cámara del Congreso es juez único de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez, y la Corte Suprema no tiene competencia para intervenir en esta materia que la Constitución atribuye exclusivamente a cada Cámara (Fallos 2:254 y 258:147).

Tal facultad se limita a conferirles el privilegio de examinar la validez del "título-derecho-elección", pero el juzgamiento del acto electoral en su totalidad, es decir como proceso electoral incluyendo sus aspectos contenciosos (v.gr., votos en blanco, anulación y observación de listas, oficializaciones de candidaturas y de boletas, escrutinio, etc.) es competencia extraparlamentaria que corresponde a la justicia federal con competencia electoral. De ese modo, los jueces electorales, como las juntas electorales nacionales previstas en los arts. 48 y ss. del Código Electoral Nacional (ley 19.945), controlan el acto electoral, expiden los diplomas que acreditan la elección de diputados nacionales y también certifican la proclamación de la candidatura de los senadores, en orden a lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta del texto reformado en 1994.

La segunda parte del artículo se refiere al quórum, toda vez que si bien sería ideal que las cámaras sesionaran con todos sus miembros, ello casi nunca ocurre. El número de legisladores necesario para que cada órgano pueda constituirse, sesionar válidamente y adoptar decisiones se ha establecido en la mayoría absoluta de sus miembros, es decir más de la mitad de los integrantes del cuerpo. La mayoría absoluta es el número necesario para sesionar, bastando, en los casos ordinarios, el voto de la mayoría de los presentes para la validez de la sanción. En algunos artículos la Constitución exige un quórum agravado (arts. 39, 40, 75, inc. 22 y 86) en tanto que en otros exige un número calificado de sufragios (arts. 53, 66, 70, etc.).

Si alguna de las Cámaras no pudiera sesionar por falta de quórum, un número de legisladores puede compeler a los ausentes para lograr la cantidad de miembros que se necesiten para no frustrar la acción legislativa y obstruir deliberadamente el funcionamiento de las Cámaras por inasistencia de los legisladores. En la práctica constitucional de los últimos años, la falta de quórum se ha utilizado con frecuencia como un recurso político para impedir el tratamiento de algunos temas.

22. Sesiones simultáneas

La voluntad política del Poder Legislativo sólo se perfecciona con la intervención de ambas cámaras, no siendo admisible que una de ellas pueda sesionar sin que la otra también sesione. La esencia del sistema bicameral y la coordinación del trabajo parlamentario requieren el trabajo separado e independiente pero coordinado excepto en las situaciones que expresamente la Constitución establece.

[508] GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual...*, cit.

La forma de reunión independiente o por separado de las Cámaras sufre excepciones cuando sesionan conjuntamente en asamblea legislativa, bajo la presidencia del presidente del Senado. Dicha Asamblea Legislativa se reúne en los siguientes casos: a) anualmente para escuchar la lectura del mensaje presidencial (art. 99, inc. 8°); b) para admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente o vicepresidente (art. 75, inc. 21); c) para declarar el caso de proceder a nueva elección (art. 75, inc. 21) y d) para recibir el juramento del presidente y vicepresidente (art. 93).

23. Reglamento interno de cada Cámara. Facultades disciplinarias

A decir de Bidegain, el reglamento es un instrumento de que disponen todos los cuerpos colegiados y puede afirmarse sin retaceos, que su existencia obedece a una necesidad congénita de este tipo de organismos.

El reglamento interno de la Cámara de Diputados de la Argentina tiene su origen en el Reglamento de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires de 1820, cuya redacción se le atribuye a Jeremías Bentham por haberle sido encargado por Bernardino Rivadavia. Después de la sanción de la Constitución de 1853, la Cámara dictó su reglamento que a lo largo del tiempo ha sufrido diversas modificaciones hasta llegar a la última que se realizó en 1996. Actualmente tiene 229 artículos en 26 capítulos y en su contenido se regulan: las sesiones —preparatorias, ordinarias, extraordinarias—, los diputados, las autoridades del cuerpo —presidente, vicepresidente primero, segundo y tercero, secretarios y prosecretarios—, los bloques, las comisiones, la presentación y trámite de los proyectos, las mociones, las sesiones, discusiones, votaciones, informes de ministros, los empleados y la policía de la casa y la observancia y reforma del reglamento [509].

El reglamento del Senado tiene 226 artículos divididos en 23 títulos en alguna manera semejantes a los del reglamento de diputados, las cuestiones principales son: sesiones preparatorias, sesiones en general, de las autoridades —presidencia, de los secretarios, de los prosecretarios—, de los bloques parlamentarios, del plenario de labor parlamentaria, de las comisiones, de la presentación y redacción de los proyectos, de las sesiones, discusiones, votaciones, informes de los ministros, de los empleados y de policía de la casa, y la observancia y reforma del reglamento [510].

[509] SCHINELLI, Guillermo C., *Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación (comentado)*, Secretaría Parlamentaria, Dirección de Información Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 1996.

[510] GENTILE, Jorge H., *Derecho...*, cit., p. 23.

No solamente las cámaras tienen la facultad de dictarse su propio reglamento, sino que pueden establecerse reglamentos específicos para algún procedimiento en especial, como el reglamento de juicio político del Senado o los reglamentos de comisiones internas que autoriza el art. 90 del reglamento de la Cámara de Diputados. La interpretación de los reglamentos por las Cámaras da lugar a una verdadera jurisprudencia parlamentaria.

El art. 66, CN, otorga poder disciplinario a las Cámaras para corregir, remover y expulsar a sus miembros. Dispone así que cada Cámara podrá, con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlos por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación, y hasta excluirlo de su seno.

La *corrección disciplinaria* es un concepto amplio que se emplea por hechos que perturban o alteran la labor parlamentaria (excesos verbales o de hecho). La *remoción* se refiere a la inhabilidad física o moral posterior a la incorporación a la Cámara y tiende a asegurar el normal funcionamiento del cuerpo. La *exclusión* no está determinada en el artículo, por lo que queda al arbitrio razonable de la Cámara. En los tres casos se requiere una mayoría de dos tercios de votos. Para el caso de renuncia del legislador se requiere la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes. En todos los casos debe cumplirse con la garantía del debido proceso (art. 18, CN).

En cuanto a las facultades disciplinarias frente a terceros por parte de las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Lino de la Torre" (1877) reconoció que la Cámara de Diputados es autoridad competente para constituir en prisión a un particular, por haber cometido éste un desacato al revelar en su diario lo ocurrido en sesiones secretas. El tribunal consideró que la Cámara tiene facultades de reprimir hechos ofensivos, no tipificados en el Código Penal ni en ley alguna.

La doctrina no ha compartido ese criterio, de manera que Bidart Campos señala que el poder disciplinario del Congreso frente a terceros admite sólo dos situaciones: a) un poder disciplinario limitado solamente al mantenimiento del orden de las sesiones —por ejemplo expulsando de la barra a quien lo altere o incurra en ofensa al cuerpo o a un legislador; impidiendo su posterior acceso, etc.—, y 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 Código Penal, en cuyo caso ni aun con la ley previa puede el Congreso ejercer represión (la que sólo es privativa del Poder Judicial)".

24. Juramento

El juramento puede hacerse en cualquier momento de la sesión; no habiendo ningún impedimento para que el mismo tenga lugar —inclusive—

durante una sesión especial. A través del mismo se concreta la incorporación del legislador a la Cámara para la que fue elegido. Los reglamentos de las Cámaras respectivas contienen al menos cuatro fórmulas o variantes de juramento relacionadas con las distintas creencias religiosas o convicciones personales; siendo todas ellas válidas en la medida en que contengan el compromiso de comportamiento establecido en la norma constitucional.

25. Inmunidad de opinión

La inmunidad que analizamos se refiere a las opiniones o discursos vertidos en el ejercicio de sus funciones parlamentarias, aunque no sean pronunciados en el recinto de sesiones. También amparan al legislador por opiniones formuladas en el seno de comisiones especiales, en las de investigación parlamentaria, en despachos escritos, en informes, en los votos que emite, etc.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la inmunidad de opinión se establece en razón de la independencia funcional de las cámaras, una irresponsabilidad penal, de tipo absoluto, que no cabe atenuar mediante el reconocimiento de excepciones no previstas en el mismo artículo (Fallos 248:462).

La prerrogativa de eximición de pena comienza cuando el congresista presta juramento al asumir el cargo y lo acompaña de por vida; se circunscribe a las opiniones que vierta en el ejercicio de sus funciones. La inmunidad de opinión que establece el art. 68, CN, no alcanza a su art. 29, el cual prohíbe conceder al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias, la suma del poder público, sumisiones y supremacías por las cuales la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna.

26. La inmunidad de arresto

La regla es que los miembros del Congreso no puedan ser arrestados, excepto en el caso de ser sorprendidos *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante (art. 29 o 119, CN) u otra aflictiva (hechos graves), de la cual se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho.

El privilegio comienza "desde el día de su elección", de modo que no es necesario que el mismo se haya incorporado a la Cámara, hasta el día en que cese el cargo. Las Constituciones de 1819 y 1826, así como la Constitución de los Estados Unidos sólo tratan este privilegio durante la asistencia a las sesiones de sus respectivas salas y al ir y volver de ellas.

En cuanto a la vigencia de este privilegio durante el estado de sitio, cabe aquí citar el fallo "Leandro N. Alem" de 1893 en el que se expresó: "Sean cuales fueren los actos que se atribuyan al senador Alem para motivar su arresto, en virtud de las facultades que el estado de sitio confiere, ellos no podrían incluirse en la excepción que este artículo consigna. Para que un miembro del Congreso pueda ser arrestado es menester que se le sorprenda *in fraganti* en la comisión de un delito; y actos como éste no caen, 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 la acción de los tribunales, que son los depositarios del Poder Judicial de la Nación... Y tal es el celo que la Constitución ha tenido por guardar esta inmunidad dada a los miembros del Poder Legislativo contra los arrestos posibles de sus personas que, aun en estos casos de excepción, cuando el Poder Judicial interviene, éste está obligado a dar cuenta a la Cámara respectiva, con la información sumaria del hecho" (Fallos 54:434).

27. El desafuero

El desafuero tiene como fin inmediato suspender al acusado en sus funciones y ponerlo a disposición del juez que lo solicitó mediante una votación que requiere dos tercios de los votos, produciendo la suspensión de funciones así como de las inmunidades de arresto y de proceso. La decisión conforma una cuestión política no justiciable. A pesar de que el desafuero sólo alcanza a la causa en que fue pedido, la Corte Suprema sostuvo lo contrario en el caso "Balbín" (Fallos 217:122).

En el desafuero, la Cámara respectiva actúa como juez natural, también político de los derechos, títulos y privilegios de sus miembros. La suspensión de un legislador en sus funciones no lo descalifica para recobrar sus fueros parlamentarios si así procede. Tampoco importa prejuzgar acerca de su culpabilidad o inocencia.

Se trata de una inmunidad de arresto, o sea de detención o privación de libertad corporal, pero no de inmunidad de proceso. La causa penal puede iniciarse mientras no se afecte la libertad del imputado, que sólo es allanable en caso de sorprenderse *in fraganti* en la comisión del hecho criminoso sancionado con pena de muerte, infamante o aflictiva.

Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos (14:223; 119:291; 135:250 y 139:267, entre otros) y así lo sostuvo el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados del 11/11/1991, donde se rechazó el pedido de desafuero del diputado Aníbal Reinaldo con los fundamentos del miembro informante, diputado Jorge Reinaldo Vanossi.

28. Las interpelaciones

La facultad que tienen las Cámaras de hacer venir a los ministros a su recinto se conoce con el nombre de interpelación. Ella tiene origen en el ins-

tituto del mismo nombre proveniente del parlamentarismo; aunque carece de un requisito fundamental de aquellos sistemas, que es la posibilidad que allí tienen las Cámaras de remover al ministro en cuestión; toda vez que entre nosotros la denominada "moción de censura" está prevista exclusivamente para el jefe de Gabinete de Ministros.

En nuestro derecho la denominada interpelación es el llamado que efectúan las Cámaras a los ministros para que, compareciendo ante aquéllas, den explicaciones e informes sobre asuntos que están a cargo del Poder Ejecutivo y de los ministros. Los ministros se encuentran obligados a concurrir personalmente y su negativa maliciosa o irrazonable puede derivar en una acusación de juicio político. Los informes deben referirse a la actividad del Poder Ejecutivo y la forma en que los ministros desarrollan los asuntos públicos.

Las Constituciones de 1819 y 1826 señalaban que las Cámaras podrían hacer "comparecer" o "hacer venir" a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir los informes que estime convenientes. Se trata de una actividad de control "interórganos" que enfatiza la división de poderes establecida en el art. 1° de la CN como un sistema de frenos y contrapesos del poder.

29. Incompatibilidades de los parlamentarios

También aquí se enfatiza el principio de división de poderes, a diferencia del sistema parlamentario en donde rige el principio de colaboración o coordinación entre los mismos. Además, en aquellos sistemas, los miembros del gobierno son previamente miembros del parlamento, de manera que esta incompatibilidad no se presenta.

Para Joaquín V. González, los empleos de escala son aquellos que constituyendo un Estado o profesión se apartan del género de los favores o elección privativa del Poder Ejecutivo, es decir que, en términos actuales serían los cargos superiores de la administración pública obtenidos mediante concursos o ascensos en la carrera administrativa.

El art. 21 del reglamento de la Cámara de Diputados dispone que "Los permisos que la Cámara acordase a algunos de sus miembros para desempeñar empleos o comisiones del Poder Ejecutivo nacional o que le fueren encomendados por las provincias, sólo podrán durar por el año legislativo en que fueren otorgados y no podrán ser concedidos, en caso alguno, con la autorización de ejercer simultáneamente las funciones legislativas... los mismos serán siempre otorgados sin goce de haberes, salvo que la comisión otorgada al diputado fuere sin goce de haberes y que estuviere suficientemente justificada la percepción de los mismos... En caso de producirse alguna de las situaciones de vacancia transitoria previstas en el presente artículo, la Cámara podrá disponer la incorporación del diputado suplente quien cesará en sus funciones cuando se reincorpore el titular".

30. Prohibiciones para ser legislador

El art. 73 bien pudo no existir ya que las dos prohibiciones que expresa no surgen de una decisión del constituyente sino de un orden natural o lógico impuesto por la fuerza de las cosas. La prohibición para desempeñarse como legisladores para los religiosos profesos o regulares, es decir aquellos que revistan en las llamadas "órdenes" por oposición a los religiosos seculares, no implica una exclusión o *capitis deminutio* a religión alguna y —tanto menos— a la religión católica sostenida por la Constitución (art. 2°). De hecho, numerosos religiosos y sacerdotes católicos participaron heroicamente en el proceso independentista e integraron numerosas asambleas legislativas, incluyendo el Congreso de 1816 y el Congreso Constituyente de 1853.

Pero si los clérigos regulares están privados de sus derechos civiles y conforme al derecho civil al tomar los hábitos e ingresar en las órdenes religiosas se entiende su "muerte civil", considerándoselos incapaces de derecho y, por lo tanto, no pasibles de ser titulares de derecho o contraer obligaciones, tanto menos tendrán ellos aptitud jurídica para actuar como representantes de sus conciudadanos. Creemos que es una lógica aplicación de un principio general del derecho.

En cuanto al segundo caso tratado en el artículo, el de los gobernadores de provincias, la prohibición no es más que una lógica consecuencia de la división entre el gobierno federal y los gobiernos de provincias que delimita la Constitución (arts. 1°, 5° y 121, CN). Si bien el artículo refiere la prohibición a la representación de la provincia que gobierna, se ha entendido que la prohibición se extiende para representar a cualquier provincia, porque de lo contrario se desnaturalizaría la separación vertical del poder.

31. Remuneraciones de los legisladores

Las dietas son fijadas por ley y son abonadas con fondos del tesoro nacional. Se trata de una compensación razonable por los servicios que prestan los miembros del Congreso y —por ende— no son un privilegio parlamentario. Al votar sus propias remuneraciones, los legisladores deben actuar con prudencia, responsabilidad y ética republicana, teniendo en cuenta las remuneraciones de los restantes empleos oficiales.

El fundamento de que los legisladores sean retribuidos y que sus funciones no sean gratuitas, como algunos propugnan, está en que accedan a las Cámaras los representantes del pueblo en igualdad de condiciones para el desempeño de la tarea legislativa, de lo contrario esas funciones beneficiarían a los sectores más pudientes de la sociedad en materia de recursos económicos.

Durante la vigencia de la ley 22.994 la remuneración de los legisladores fue fijada y actualizada por los presidentes de las Cámaras. La diferenciación entre dieta y compensación por gastos ha servido para hacer discriminaciones

como las que ocurren en el caso de los legisladores que son jubilados y que por ello renunciaban a las dietas pero no a la compensación, cobrando más que el resto al sumar jubilación más bonificación. Los legisladores no cobran aguinaldo, aunque en la práctica la Cámara los ha compensado por esto [511].

[511] GENTILE, Jorge H., *Derecho...*, cit., p. 106.

CAPÍTULO XIV

ATRIBUCIONES DEL CONGRESO

El art. 75 que trata de las atribuciones del Congreso es de fundamental importancia, habida cuenta de que en un Estado de Derecho los poderes públicos sólo pueden realizar aquello que la Constitución y las leyes expresamente le autoricen, mientras que —de manera inversa— los habitantes pueden realizar todas las conductas que no estén expresamente prohibidas por la ley (conf. art. 19, CN). Del art. 75 surge, en consecuencia, la atribución del Congreso para dictar leyes, entendidas éstas como la expresión de la "voluntad general", a decir de Rousseau.

Con motivo de la prohibición expresa del constituyente de 1994 de introducir modificaciones a la parte dogmática a partir de lo dispuesto en la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma, ocurrió que una parte del núcleo ideológico de la reforma de 1994 se trasladó al art. 75 referido a las competencias del Congreso de la Nación. La reforma ha elevado el número de incisos de 28 a 32. El ex inc. 28, referido a los poderes inherentes del Congreso ha mantenido el último lugar, según corresponde y se han agregado nuevos incisos, en tanto que otros fueron modificados.

1. La cláusula del progreso y la cláusula del "nuevo progreso"

Aun cuando la Constitución Nacional fue sancionada en tiempos en los que las valoraciones, actitudes y doctrinas liberales se encontraban en apogeo, la norma fundamental no le otorgó al Estado el papel de un mero espectador indiferente del proceso económico. Por el contrario, la lucidez de Juan Bautista Alberdi no podía dejar de advertir que en un país atrasado el poder público debía dinamizar el progreso económico y social porque éste caía dentro y no fuera del concepto de organización política.

De esa manera, tanto en las *Bases* como en su Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, realiza el bosquejo de un Estado decididamente preocupado por el fomento, y ese estímulo se realiza a través de una acción estatal que facilita y favorece el ingreso desde el exterior de los medios de progreso económico que en el país faltaban: incorpo-

como las que ocurren en el caso de los legisladores que son jubilados y que por ello renunciaban a las dietas pero no a la compensación, cobrando más que el resto al sumar jubilación más bonificación. Los legisladores no cobran aguinaldo, aunque en la práctica la Cámara los ha compensado por esto [511].

511 GENTILE, Jorge H., *Derecho...*, cit., p. 106.

CAPÍTULO XIV

ATRIBUCIONES DEL CONGRESO

El art. 75 que trata de las atribuciones del Congreso es de fundamental importancia, habida cuenta de que en un Estado de Derecho los poderes públicos sólo pueden realizar aquello que la Constitución y las leyes expresamente le autoricen, mientras que —de manera inversa— los habitantes pueden realizar todas las conductas que no estén expresamente prohibidas por la ley (conf. art. 19, CN). Del art. 75 surge, en consecuencia, la atribución del Congreso para dictar leyes, entendidas éstas como la expresión de la "voluntad general", a decir de Rousseau.

Con motivo de la prohibición expresa del constituyente de 1994 de introducir modificaciones a la parte dogmática a partir de lo dispuesto en la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma, ocurrió que una parte del núcleo ideológico de la reforma de 1994 se trasladó al art. 75 referido a las competencias del Congreso de la Nación. La reforma ha elevado el número de incisos de 28 a 32. El ex inc. 28, referido a los poderes inherentes del Congreso ha mantenido el último lugar, según corresponde y se han agregado nuevos incisos, en tanto que otros fueron modificados.

1. La cláusula del progreso y la cláusula del "nuevo progreso"

Aun cuando la Constitución Nacional fue sancionada en tiempos en los que las valoraciones, actitudes y doctrinas liberales se encontraban en apogeo, la norma fundamental no le otorgó al Estado el papel de un mero espectador indiferente del proceso económico. Por el contrario, la lucidez de Juan Bautista Alberdi no podía dejar de advertir que en un país atrasado el poder público debía dinamizar el progreso económico y social porque éste caía dentro y no fuera del concepto de organización política.

De esa manera, tanto en las *Bases* como en su Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, realiza el bosquejo de un Estado decididamente preocupado por el fomento, y ese estímulo se realiza a través de una acción estatal que facilita y favorece el ingreso desde el exterior de los medios de progreso económico que en el país faltaban: incorpo-

ración de inmigrantes, incorporación de ferrocarriles, incorporación de capitales extranjeros, navegación de los ríos por naves extranjeras, etc.

El inc. 18 del art. 75 (anterior inc. 16, art. 67) de la Constitución vigente, directamente inspirado en Alberdi, configura el preciso asiento constitucional de esta posición del Estado argentino frente al orden económico, en la que se enfatiza la actitud protectora, de estímulo y fomento estatales a la actividad creadora, transformadora y distribuidora de bienes y riquezas. Dicha norma le fija al Congreso las siguientes competencias:

a) Proveer lo conducente a la prosperidad del país;
b) al adelanto y bienestar de todas las provincias;
e) al progreso de la ilustración.

Para alcanzar estos fines, la misma norma enumera algunos medios que debe suministrar el Congreso:

a) Planes de instrucción general y universitaria;
b) promoción de la industria;
c) promoción de la inmigración;
d) construcción de ferrocarriles;
e) construcción de canales navegables;
f) colonización de tierras de propiedad nacional;
g) introducción y establecimiento de nuevas industrias;
h) importación de capitales extranjeros;
i) explotación de los ríos interiores.

Todos estos medios debían ser facilitados por el Congreso mediante leyes protectoras y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. Esta actitud de no indiferencia de la Constitución política argentina, ante los procesos económicos, permite ser adaptada a través de la legislación y de la interpretación judicial a las diversas exigencias circunstanciales que cada época presenta.

Las mismas previsiones de promoción estatal de lo económico también han sido establecidas en relación a las provincias. Así, el art. 124 de la Constitución Nacional consagra la creación de regiones "para el desarrollo económico y social" (no en un sentido político), como así también la celebración de tratados internacionales; siguiendo los mismos lineamientos del art. 125 (anterior art. 107) que permite a las provincias celebrar tratados parciales para fines de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso federal, pueden también promover la industria, 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 explotación de sus ríos, por leyes protectoras de esos fines y con sus recursos propios.

La cláusula del nuevo progreso (art. 75, inc. 19) establece tres aspectos: el del nuevo progreso social, el del nuevo progreso económico y el del nuevo progreso educativo y cultural. El nuevo progreso social se manifiesta al disponer que se proveerá lo conducente al desarrollo humano, al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio y a la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y de las regiones.

Procurándose así lograr el desarrollo pleno de las potencialidades humanas, proveyendo desde lo institucional el marco más adecuado para lograrlo. Se proclama el humanismo, diseñando un contexto institucional definido como "el modelo de la democracia con justicia social", e imponiéndose como única variable para el trabajo digno la participación comunitaria y la justicia, donde el hombre no es esclavo ni del Estado ni del mercado, sino actor y protagonista del desarrollo económico y la justicia social.

El primer párrafo del inc. 19 es una cláusula programática, teniendo esta clase de normas un efecto impeditivo muy claro: ni las leyes, ni los convenios colectivos, ni los contratos individuales pueden disponer nada en contrario. El constituyente apunta también al desarrollo de la Nación, en un sentido armónico y equilibrado, sin brechas o disociaciones entre las distintas provincias y regiones, para lo cual se deberán dictar leyes constitucionales estableciéndose políticas diferenciadas. El Estado se propone así liderar un proceso de transformación y desarrollo, respetuoso de las regiones, base natural de un genuino sistema federal, para lo cual no escatimará la implementación de las medidas que estime necesarias y el empleo de los recursos propios. Las medidas concretas deben apuntar al desarrollo regional, a la seguridad y defensa nacional y a la mejor relación de las reglas de competencia.

La nueva cláusula emplea una palabra de largo arraigo liberal: progreso, adjetivándolo de económico y equilibrándolo con la justicia social. El tema de la productividad, el de la generación de riqueza, es otro presupuesto del nuevo progreso. El proveer a la productividad es un medio para hacer posible los otros fines del desarrollo y del crecimiento. Otro aspecto del nuevo progreso económico, como obligación del Estado y de la comunidad, es la generación de empleo, herramienta dinamizadora de la producción. Se valora la preparación técnica de los trabajadores para posibilitar su participación en la producción y el desarrollo.

También prevé lo atinente al dictado de leyes de organización (dirigidas a los órganos públicos y de carácter irrenunciable, no pudiendo alterar éstos el marco constitucional), y de base de la educación que aseguren la unidad nacional, conservando las particularidades provinciales; se fija la indelegable responsabilidad del Estado, de la familia y de la sociedad en la promoción de los valores básicos de la argentinidad.

Se ha entendido que el Estado debe garantizar, a través de la legislación adecuada, la integración de todos los habitantes de la Nación y de sus manifestaciones culturales diversas, no desde la tentación unificadora y masificante, sino desde el respeto y la promoción del desarrollo, la formación y la difusión de cada expresión cultural que forma parte de nuestra amplia y plural identidad.

Art. 75, inc. 19: *"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".

2. El desarrollo humano

La Constitución da una directiva general como valor básico, que nunca deberá ser perdida de vista por el legislador, y es que cualquier norma que dicte debe tener como norte tanto el desarrollo humano en sus aspectos físico y espiritual, como el desarrollo institucional de la Nación y de las provincias. En la medida en que se promuevan los desarrollos propuestos en esta cláusula habrá respeto y protección del derecho a la vida.

El término "desarrollo humano" debe vincularse con la interpretación dada por la Organización de las Naciones Unidas en tanto se toma el índice de desarrollo humano (IDH) para medir el grado de avance de los países, con parámetros que no sólo contemplen el crecimiento económico, sino también los niveles de educación, de ocupación, de vivienda, de cultura, etc.

Se trata de una idea receptada por todos los países ratificantes de las distintas declaraciones universales que intentan promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad. Como lo expresara el secretario general de las Naciones Unidas: "La Declaración... es un documento de importancia suprema, que en su esfera representa la conciencia del mundo, y es un marco de referencia que permite medir las actitudes de sociedades y gobiernos...".

Según un informe sobre desarrollo humano publicado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en 1996, en los últimos quince años ha habido un adelanto económico espectacular en algunos países y una declinación sin precedentes en otros, por lo que es necesario prestar más atención a la estructura y la calidad del crecimiento económico a fin de contribuir al desarrollo humano, la reducción de la pobreza y la sustentabilidad a largo plazo. En este sentido, se debe evitar el crecimiento sin empleo, sin equidad, sin voz de las comunidades, sin raíces y sin futuro, en suma, el desarrollo que perpetúe las desigualdades actuales no es sostenible ni vale la pena sostenerlo.

La reforma social, definida como un proceso que contribuye al desarrollo humano, mediante la integración de políticas e instrumentos dirigidos a incorporar de manera eficiente a todos los miembros de la sociedad al proceso de crecimiento, en un contexto de aumento general del bienestar, es un complemento ineludible de las reformas económicas, pues apunta a garantizar la viabilidad política y económica de las mismas, permitiendo el acceso de toda la población a las oportunidades económicas en condiciones que equilibren la productividad creciente y la equidad.

En palabras de Fernando Enrique Cardoso, el crecimiento basado en la tecnología moderna no siempre genera empleo y la adopción de medidas mínimas de seguridad social de carácter corporativista puede poner en peligro la competitividad [512]. A lo que agrega que "...es necesario ampliar el concepto de desarrollo, de manera de incluir la protección de los derechos humanos, ecológicos y sociales..." a través de una participación amplia de los diferentes grupos sociales.

El "buen" crecimiento económico es el que promueve el desarrollo humano en todas sus dimensiones, que genera pleno empleo y seguridad en los medios de ganarse el sustento; propicia la libertad de las personas y su potenciación; distribuye equitativamente los beneficios; promueve la cohesión social y la cooperación y salvaguarda el desarrollo humano futuro.

[512] CARDOSO, Fernando E., "Humanización del crecimiento mediante la equidad", en *Informe sobre desarrollo humano*, PNUD, 1996.

Un indicador importante a tener en cuenta para el desarrollo es la tasa de desempleo. Según datos relevados por el Indec mediante la encuesta permanente de hogares (EPH) entre los meses de abril y mayo de 1996, la tasa de desempleo se mantuvo elevada, en 17%, presentando una leve disminución respecto del mismo período del año anterior (18,4%) como consecuencia de una caída en la tasa de actividad y de la tasa de empleo; en cambio, la tasa de subocupación aumentó [513].

Respecto de la productividad, interesa señalar la conveniencia de las políticas tendientes a vincular las pequeñas y medianas empresas (Pymes) y las microempresas a los sectores más dinámicos de la economía y también aquellas que tienen por objeto articular los reajustes salariales del sector público con el aumento de la eficiencia y las políticas macroeconómicas.

Otra variable que influye es la pobreza y su evolución en el país. Según un análisis realizado por la Dirección de Estudios sobre Niveles de Vida y Pobreza de la Dirección General de Programación del Gasto Social en el Gran Buenos Aires, el 19,6% de los hogares del aglomerado del Gran Buenos Aires (se incluye Capital Federal y 19 partidos del GBA) están por debajo de la línea de pobreza (LP) y el 12% están en condiciones de pobreza estructural, según el enfoque de necesidades básicas insatisfechas (NBI). Estos datos, recabados entre abril y mayo de 1996, superan los de la medición anterior efectuada en el mes de octubre de 1995.

3. Equilibrio territorial

Las políticas entabladas por el gobierno nacional en pos de promover el desarrollo de las regiones menos industrializadas, a través de promociones industriales o beneficios, exención de impuestos, de gravámenes y otras medidas, no tuvieron el éxito esperado, es más, muchas de ellas fracasaron en dar soluciones al problema.

Desde hace más de treinta años se han hecho intentos de lograr el desarrollo de las regiones del interior a través del uso de incentivos fiscales, aduaneros y crediticios. Las dos premisas que estuvieron presentes en todos los mecanismos de promoción regional fueron la existencia de mayores costos de producción en el interior y la suposición de comportamientos racionales por parte de los empresarios con relación a las decisiones de localización.

[513] Teniendo presente esto, las políticas llevadas a cabo (propuestas o ejecutadas) en relación con los ingresos y la productividad, apuntan a flexibilizar los mercados laborales, lo que supuestamente permitiría aumentar el empleo y los ingresos de los hogares, aunque se reconoce que en una primera etapa estas medidas podrían provocar una caída de salarios.

Las diferencias existentes entre las regiones y el ínterin de las mismas provoca serios problemas, un ejemplo de ello es que en la Argentina el 77% de los habitantes de las zonas urbanas tiene acceso a agua limpia, pero sólo lo tiene un 29% de los habitantes de las zonas rurales. Esto implica que no es un problema menor el diferente grado de desarrollo alcanzado, y puede ser agravado si no existen políticas concretas encaminadas a solucionarlo [514].

El art. 75, inc. 2°, CN, al tratar sobre la coparticipación federal de impuestos, estipula un criterio devolutivo que prioriza el desarrollo igualitario de las provincias. Igualmente la norma en estudio debe relacionarse con los arts. 124 y 125, Constitución reformada en 1994.

El proceso de descentralización llevado a cabo con el traspaso a las provincias de los servicios públicos nacionales impide el desarrollo de las mismas. En este sentido, la descentralización de los gastos no fue acompañada con la descentralización de los ingresos.

El ajuste que están viviendo las provincias argentinas puede ser considerado en parte producto de su mala administración y de su falta de recursos genuinos, además del exceso de personal empleado en las respectivas administraciones públicas estatales; pero no puede tampoco dejar de encontrarse responsabilidad en el centralismo ejercido desde el sistema político y en el propio sistema de reparto generado con la coparticipación, que ha beneficiado a los malos gobernadores y malos administradores en favor, no pocas veces, de las conveniencias políticas del gobierno federal y, especialmente, de los titulares del Poder Ejecutivo. Tales prácticas han convertido a los ministros de Economía y secretarios de Hacienda en personajes virtualmente más poderosos que los gobernadores de provincia.

El hecho de que el Senado sea Cámara de origen en materia de ley de coparticipación es una garantía de que las opiniones de cada provincia tendrán idéntico peso, independientemente de la riqueza o población de cada una. Lo mismo cabe decir de aquellas leyes conducentes a proveer el crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio, así como la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, en las que el Senado también tiene iniciativa exclusiva. En la mecánica de la sanción de las leyes, al ser Cámara de origen hace que ante la disputa entre dos proyectos alternativos, defendidos respectivamente por las Cámaras con igual mayoría, predomine la voluntad de la Cámara iniciadora.

[514] Sobre el tema puede verse BONEO, *Desarrollo regional, incentivos fiscales y localización industrial*, Cedes, Buenos Aires, 1985.

4. Progreso económico con justicia social. Productividad de la economía nacional

El progreso económico se diferencia del mero crecimiento económico ya que mientras éste marca simplemente diferencias en el producto bruto, el progreso denota una idea de avance en una dirección ética determinada [515].

El proceso de industrialización, que cobra un fuerte impulso en la década del '20, le permitió a nuestro país responder a la crisis del modelo agroexportador, en razón de la caída de la demanda externa y del descenso de los precios de las materias primas. A partir de entonces, se produjo el fortalecimiento del proceso de industrialización apoyado en el mercado interno.

Durante la década del '30 se va delineando un nuevo modelo económico centrado en la industrialización. Las mejoras salariales y otras conquistas del movimiento obrero organizado permitieron a los trabajadores incrementar su capacidad de consumo y, por lo tanto, se incrementó la actividad industrial para satisfacer la expansión de la demanda.

A partir de mediados de los '40 se propuso ampliar la experiencia de industrialización de los primeros tiempos de esta etapa (basada en la producción de bienes para sustituir importaciones), para dar paso a nuevos rubros: los bienes intermedios (metalurgia, siderurgia, química), los bienes de capital (vehículos, maquinarias) y los bienes de consumo durable (artefactos eléctricos).

Hasta mediados de la década del '50, el Estado fue aumentando su participación en la política económica, empezando a actuar también como prestador de algunos servicios (transporte, energía, telecomunicaciones), de donde desalojó al capital extranjero (mayoritariamente inglés) mediante una fuerte política de nacionalizaciones. Desde un punto de vista territorial se reforzaron las desigualdades entre la región pampeana y el resto del país, ya existentes.

Hacia la década del '60, el proceso de industrialización se profundizó con una nueva oleada de ingreso de capital extranjero, primordialmente estadounidense, que se orientó hacia el sector de productos de consumo durables y a la industria siderúrgica, petroquímica, electrónica y automotriz.

La economía argentina comenzó a estancarse entre 1975 y comienzos de los años '90, época que coincide con una etapa de crisis a nivel mundial. La extensa duración de la crisis argentina se explica fundamentalmente por la ausencia de un proyecto político y económico que contemple el bienestar social, y por la escasez de inversiones destinadas a modernizar la producción. La economía argentina sufrió perjuicios durante este período; aumentaron considerablemente las deudas de nuestro país con otros países u organismos financieros internacionales; se registraron aumentos de los bienes y servicios y se abrió el mercado nacional al ingreso de manufacturas importadas, lo que dejó fuera de competencia a muchos establecimientos industriales argentinos.

[515] Véase *Panorama social de América latina*, Cepal, 1995; *Reforma social y pobreza*, BID-PNUD, 1993.

Los gobiernos democráticos que sucedieron a la dictadura no lograron revertir en forma inmediata la situación de estancamiento económico derivada del gobierno anterior, siendo la Argentina actual, un país medianamente industrializado.

Los regímenes de promoción industrial son las políticas del Estado que favorecen a un sector de la producción industrial. El objetivo es incentivar a las industrias para que se instalen en zonas no provistas de los factores propicios para su localización.

En la Argentina, los sectores más promocionados han sido las industrias siderúrgica, petroquímica, celulósica y del cemento en el plano territorial, las áreas más promocionadas han sido la Patagonia y en particular Tierra del Fuego. Desde 1979 hasta 1983 se sancionó una serie de regímenes especiales de promoción industrial para las provincias de La Rioja, Catamarca, San Juan y San Luis.

En los últimos años, los gobiernos de la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay han decidido asociar sus economías fijando planes de cooperación económica y comercial eliminando progresivamente las barreras. Esto significa que el Mercosur funcionando podría permitir el crecimiento de la producción en los sectores competitivos y determinar la declinación de la actividad en los sectores cuyos costos de producción no les permitían competir con producciones similares de los países del Mercado Común del Sur.

Frente a la persistencia de la crisis, el nuevo modelo socioeconómico prioriza la estabilidad de la moneda, la disminución de los gastos del Estado y una mejora de la colocación de los productos argentinos en el mercado mundial [516].

5. Defensa del valor de la moneda

La moneda tiene un valor muy importante en sí misma y un valor que resulta de su gran importancia en el terreno económico y en el político. En el primer aspecto porque resulta el valor de referencia, el mínimo común denominador de las relaciones, aquello que permite otorgarle un valor a los productos favoreciendo la posibilidad del intercambio, del comercio de bie-

[516] Para ampliar este tema puede verse CARRIÓ, Elisa M. - DROMI, J. Roberto - FRÍAS, Pedro J. - GIL LAVEDRA, Ricardo - QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Interpretando la Constitución*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.

nes y servicios. De allí también que, desde el punto de vista estrictamente económico, la moneda no puede tener un valor arbitrario, sino que el mismo resulta de las relaciones entre oferta y demanda, las que, al tratarse de las cuentas nacionales, no significarán lisa y llanamente un juego de mercado pero sí reflejará el resultado de esa economía en términos de balanza comercial, reservas, producto bruto interno, ahorro e inversión, etc.

Normalmente se denomina "moneda" al circulante acuñado por el Banco Central del país, sin embargo, la masa monetaria es más amplia y reconoce niveles que en términos técnicos se reconocen como M1, M2, M3 y así sucesivamente de acuerdo con su mayor liquidez, de forma tal que en el M1 se encuentran comprendidos los activos más líquidos como circulante y cheques de cuentas corrientes.

Desde el punto de vista político, la moneda representa una de las manifestaciones de la soberanía del Estado. El acuñar moneda es una facultad estatal, propia; y la capacidad de un Estado de tener su propia moneda, de cotizarla en el mercado mundial comparándola con las extranjeras, hace a la personalidad del Estado, a su prestigio y a su "crédito" en el exterior. Como señalaba Juan Bautista Alberdi, es en ese crédito, en ese prestigio de la Nación dado por la fortaleza de su moneda, donde se basa la capacidad o la posibilidad de conseguir empréstitos del exterior [517].

Los tiempos de mayor fortaleza de la economía argentina, en las primeras décadas del siglo XX son justamente los que coinciden con el período de mayor valor de la moneda argentina, y los períodos de mayor crisis son los que coinciden con la pérdida del valor de la moneda, que llegó a devaluarse hasta un 100% en el mismo mes.

La inflación es un verdadero flagelo y una gran injusticia social porque deteriora principalmente los salarios, produciéndose la pérdida del salario real y elimina la posibilidad del pequeño ahorro, en cambio, las personas con altos ingresos y una mayor cultura financiera pueden beneficiarse durante tales etapas a través de distintas inversiones especulativas de alto rendimiento.

En materia de sistemas monetarios a principios del siglo XX rigió el sistema del "patrón oro" que significaba que los bancos centrales debían tener en sus reservas el equivalente en lingotes de oro al valor del circulante. Más tarde rigió el sistema del "patrón cambio oro", que no significaba tener el oro disponible en bodega pero sí el respaldo económico monetario real y suficiente. Fue a partir de la crisis del '29 y la aparición de las teorías económicas "keynesianas" que estos sistemas fueron dejados de lado, considerándose que el respaldo de la economía de cada país era suficiente.

[517] ALBERDI, Juan B., "Sistema económico...", cit., t. IV.

Más tarde, a partir de los '60 en los Estados Unidos y un poco más tarde, en los '70 en América latina, la Escuela Monetarista, con origen en la Universidad de Chicago, sostenía la posibilidad de controlar las variables de la economía a través del manejo de la masa monetaria. Las consecuencias ruinosas de esa política para los países latinoamericanos, que terminaron en un fuerte endeudamiento externo y el desprestigio general que la crisis de los '70 produjo a nivel mundial, hizo que algunos teóricos conservadores revalorizaran el patrón oro, proponiendo su retorno.

En la Argentina se adoptaron recetas parecidas en épocas de crisis a partir de la denominada Caja de Conversión creada por Carlos Pellegrini después de la Revolución de 1890. En tiempos más recientes, tanto la implementación del denominado "Plan Austral" como el actual programa de "convertibilidad" han buscado un anclaje con posibilidad de conversión que en este último caso está dado por otra moneda: el dólar de los Estados Unidos de América.

La Asamblea de 1813 ha dispuesto en su momento que la Casa de Moneda de Potosí acuñara monedas de oro y plata según la ley y el sistema español pero con el emblema de las Provincias Unidas y una leyenda. En 1838 se reemplazó el símbolo de la Asamblea por la figura de Rosas con fechas importantes del gobierno.

En 1881, la ley 1130 creó el sistema monetario de la República Argentina, estableciendo que la unidad monetaria sería el peso oro o el peso plata, creando un sistema bimetalista. Todas las monedas llevarían estampadas en el anverso el escudo de armas de la Nación con la inscripción "República Argentina" y el año de su acuñación. En 1882 se crea la Casa de la Moneda que empieza a acuñar estas monedas.

En materia de conversión podemos destacar tres períodos de nuestra historia: 1) el primero data desde el año 1867 hasta 1883, en el que una ley de la provincia de Buenos Aires disponía que su Oficina de Cambio convirtiera monedas al tipo de 25 pesos corrientes por cada peso oro fuerte; 2) el segundo corre desde el año 1883 hasta el año 1885, en el cual se declara la inconversión por tres años; 3) hasta llegar al año 1889, en que se inicia el período más importante de la conversión que dura hasta el año 1914.

En 1899 se dictó la ley 3871 cuyo propósito inmediato era la estabilización del peso papel, fijándose el tipo a que se haría la futura conversión con arreglo al valor real en aquel momento de la moneda, con lo cual se conseguiría suprimir el *agio,* dando bases positivas a las transacciones.

Mantener el tipo fijo mediante la regulación automática que significaba la función encomendada a la Caja de Conversión, de emitir billetes al tipo legal en cambio del oro que se depositara y, recíprocamente, entregar oro en cambio de papel moneda.

Como un propósito más lejano, tenía el de formar un poderoso encaje metálico para la futura conversión. El mecanismo que esta ley establecía era el de que a partir de la misma no podría emitirse ni un solo billete de peso papel sin tener su correspondiente respaldo.

A mediados de 1914 se dictaron leyes por las que se autorizó al Poder Ejecutivo a emitir billetes con la garantía de documentos redescontables. Como la guerra de 1914 casi paralizó el comercio y el negocio de cambios, el gobierno suscribió obligaciones a corto plazo, colocadas en distintos bancos, que debían ser llevadas a la Caja de Conversión para emitir billetes. Esto le daría un medio de crearse artificialmente los medios de pago para la Administración.

La convertibilidad fue suspendida entre 1914 y 1927 y finalmente suprimida como derivación de la crisis mundial de 1929. Pero la garantía metálica del dinero fue mantenida por ley 12.155 de 1935 aunque finalmente desapareció en 1949 conforme a la ley 13.571.

En tiempo más reciente, luego de una creciente desvalorización de nuestro signo monetario, el dec. 1096/1985, ratificado por ley 23.410, instauró el régimen del austral. En cuanto a las deudas dinerarias, estableció una tabla de ajuste tendiente a eliminar el monto nominal debido a la incidencia de la expectativa inflacionaria e incorporó el sustantivo "desagio" al sistema argentino.

En el año 1989 la economía se descarriló y la Argentina padeció el fenómeno de la hiperinflación. A principios de 1990 se produjo la exacción de plazos fijos bancarios. A comienzos de 1991 la cotización del dólar subió aceleradamente y el índice de precios del consumidor trepó a la par. Es en este contexto que surge la ley 23.928, que propone "una moneda nacional que sea a su vez unidad de cuenta, reserva de valor y común denominador de las transacciones", mediante una vuelta a las fuentes, a la sensatez jurídica y económica.

La Ley de Convertibilidad representó, así y desde nuestra perspectiva del derecho constitucional, una saludable vuelta a la fuente del art. 75, inc. 11 (ex art. 67, inc. 10), que manda al Congreso: *"Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras..."*. Desde el punto de vista puramente técnico podrá objetarse la conveniencia de anclar el valor de la moneda por ley o dejarla libre a los juegos del devenir económico. Así Dornsbusch se inclina por el sistema norteamericano de fijación por la Reserva Federal [518].

Aun con esas autorizadas prevenciones, no puede dejar de advertirse la sabiduría de nuestra Constitución histórica, que supo acompañar en su período de mayor vigencia al mismo período de mayor florecimiento económico de la Argentina. De donde más allá de las conveniencias de seguridad jurídica que el acatamiento a la Constitución supone, se advierte su valor de eficacia desde el punto de vista del funcionamiento de la economía: la medida más importante en materia económica de los últimos tiempos, cual ha sido la adopción del programa de convertibilidad, no ha hecho más que cumplir con lo que manda la Constitución: fijar el valor de la moneda por ley.

[518] DORNSBUSCH, Rudiger - FISCHER, Stanley, *Macroeconomía*, McGraw-Hill.

No se nos escapa que éste no es un mero milagro jurídico de la norma constitucional formal, existe un contexto de condiciones económicas que así lo favorecen y que años atrás no lo favorecían como la existencia de una importante cantidad de reservas en dólares y la aplicación de una férrea disciplina de recaudación fiscal.

No son pocas las críticas a la convertibilidad desde el punto de vista de que la moneda no estaría respondiendo a su valor real de mercado y que ello perjudica a las exportaciones y sobrecarga los costos internos, etc. Pero lo cierto —repetimos— es que el cumplimiento de la cláusula constitucional ha estabilizado la economía. Y es que a ello responde el imperativo de una moneda sana: como valor o principio de estabilidad sobre el cual resulta posible construir el edificio de la economía y ponerlo en movimiento. Sin ese principio nada es posible.

La alta inflación en la Argentina había planteado severas cuestiones jurídicas en cuanto a la posibilidad de actualizar o "indexar" las deudas dinerarias. El Código Civil establecía el principio "nominalista" propiciado por Dalmacio Vélez Sarsfield. Conforme lo señalaba el codificador en las notas, el deudor en deudas de dinero se liberaba efectivizando el pago en la misma cantidad por la que se había obligado.

La Cámara Civil de la Capital Federal en el célebre fallo plenario "Vieytes de Fernández", había admitido la posibilidad de actualizar las deudas en los casos en que vencido el plazo se había intimado y puesto en mora al deudor. Dado que esta indexación no regía para la totalidad de los casos, se planteó el debate entre "nominalistas" y "valoristas" o entre deudas de valor y deudas de dinero, con sus múltiples consecuencias sobre las tasas de interés e índices aplicables en su caso. La Ley de Convertibilidad 23.928 tuvo la gran virtud de terminar con este engorroso problema argentino [519].

Además del Congreso de la Nación, el Banco Central de la República Argentina tiene funciones específicas de emisión monetaria; también, de mantener el valor de la moneda. Así se lo manda su Carta Orgánica, que le asigna ese objetivo como prioritario. El Banco Central de la República Argentina data de 1935, antes existió como Banco Nacional y parte de sus fun-

[519] Véase ALTERINI, Atilio Aníbal, *Desindexación de las deudas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

ciones fueron desempeñadas por la Caja de Conversión. Con anterioridad, el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que es el más antiguo del país, desempeñaba la función de agente monetario y financiero.

El Banco Central es en realidad un "banco de datos" y se desempeña como rector de la política monetaria, crediticia y financiera del sistema bancario en general a través del manejo de encajes y operaciones de redescuentos entre bancos. Tiene la facultad exclusiva de emitir moneda en el territorio de la Nación conforme lo dispone el art. 75, inc. 6º (ex art. 67, inc. 5º). Fuera del Banco Central de la República Argentina, esa facultad sólo es conservada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires por imperio del Pacto de San José de Flores de 1859, en tanto que esa facultad era ejercida antes de un ingreso a la Confederación (conf. art. 31, última parte, CN).

El inc. 6º del art. 75 manda al Congreso "*Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales*". El artículo fue modificado por la reforma constitucional de 1994, cambiándose el anterior término de banco "nacional" por el de banco "federal".

La diferencia parece ser irrelevante salvo en cuanto demuestra un mayor énfasis en la participación de las provincias en la dirección de la política de un banco que, como agente del gobierno, las afecta directamente un sus intereses, tal como ocurrió con las políticas de inflación de moneda o emisión que favorecían las demandas del gobierno central licuando el valor de la moneda en todo el país y afectando las zonas más pobres del interior.

El Banco Central tiene su propia Carta Orgánica donde se regulan los aspectos relativos a la duración de los miembros de su directorio y al funcionamiento de las delegaciones en el interior. Sobre su actuación se dice que debe ser autónomo dentro del gobierno y no fuera del gobierno, para que manteniendo independencia del poder político tenga cierta coordinación con las políticas económicas que se diseñan desde el Ministerio de Economía.

6. La coparticipación federal de impuestos

En lo específico del federalismo fiscal, en la reforma de 1994 se modificaron los incs. 1º y 2º del art. 75 y se agregó un tercer inciso nuevo. Se refirió también al tema la cláusula transitoria sexta.

Es opinión generalizada en la doctrina constitucional argentina la de señalar que la reforma reforzó el federalismo; sin embargo, nosotros creemos que en la práctica se produce un gran debilitamiento por la inclusión de la coparticipación en nuestra norma constitucional. Saludamos sí jubilosamente la inclusión de la autonomía municipal y la posibilidad de un regionalismo auténtico desde la misma base federal, pero creemos que allí no se ha innovado porque se trata de tendencias ya existentes en nuestro sistema antes de la reforma.

Haber incluido la coparticipación, en cambio, equivale a nuestro juicio a un equivocado "blanqueo" de llevar la norma a una práctica originada en un desvío. Esa actitud de sociologismo constitucional se ha verificado también en otros temas como el de los decretos de necesidad y urgencia donde en vez de ensayarse nuevas fórmulas que pusieran fin a un problema de incumplimientos formales de la Constitución, se optó por el argumento más simple de incluirlos en el texto. Creo que ese equívoco provoca muy serias dificultades para instrumentar las reformas debido al difícil contexto en que han quedado incluidas [520].

No debemos olvidar al respecto que la coparticipación federal es una de las instituciones que más han contribuido a acentuar la dependencia de las provincias al poder central, al lado de ella podrían incluirse a la intervención federal y las declaraciones de estado de sitio. Existen muchos trabajos y estudios que se refieren a esa cuestión más que verificable en nuestra realidad e historia reciente. La coparticipación federal nació como una patología ante la insuficiencia de nuestro sistema fiscal de atribución de competencias.

Dadas como estaban las circunstancias, no existía ninguna necesidad de incluir el sistema de coparticipación en la Constitución y sí, en cambio, hubiera sido conveniente abrir el debate sobre la atribución de fuentes impositivas originarias entre Nación y provincias.

Al respecto, cabe consignar que algunos trabajos muy importantes se han realizado en nuestro país para cambiar el criterio actualmente existente de impuestos directos e indirectos. Un documento de la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL) propuso establecer un criterio equivalente al de impuestos reales en manos de las provincias y de impuestos personales en manos de la Nación que mejoraría la coparticipación en favor de las provincias respecto de la distribución actual. Anteriormente, una propuesta del Dr. Ricardo Koss, premiada por la consultora Price & Waterhouse propuso tomar el parámetro de las manifestaciones globales de capacidad contributiva.

Ni estas ni otras propuestas fueron tratadas en la Convención Nacional Constituyente de 1994 en las reuniones de comisión y de pleno realizadas en Paraná y en Santa Fe. Fue relevante la preocupación del gobierno federal por no afectar el *statu quo* existente a ese momento a los efectos de no afectar la suerte del plan de convertibilidad con motivo de la reforma. Ni siquiera la calificada presencia de muchos gobernadores de provincia que actuaron como convencionales constituyentes pudo modificar ese cuadro.

Sin dejar de reconocer la importancia del plan de convertibilidad y, dentro de éste, de la política fiscal como soporte de la estabilidad monetaria,

520 Véase DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Nación...*, cit.

UNIVERSIDAD CATÓLICA BIBLIOTECA CENTRAL

es de lamentar que el constituyente nos haya privado del gran debate sobre el federalismo fiscal con propuestas hacia el país presente pero también hacia las necesidades futuras. En el derecho constitucional la dimensión sociológica del "ser" tiene su indudable importancia y no debe ser desconocida, pero más importancia tiene el "deber ser" en la dimensión jurídica valorativa del rumbo a seguir y tanto más cuando se trata de una Constitución enmarcada en la tipología que García Pelayo denominaría "racional normativa".

De ese modo, el debate sobre el sistema federal fiscal nos hubiera permitido también discutir el importante tema de las garantías constitucionales en materia fiscal las que se encuentran debilitadas ante la vigencia de una política recaudatoria agresiva que ha forzado algunos límites tradicionales como el estricto cumplimiento del principio de legalidad (*no taxation without representation*) y la interpretación de las garantías en favor del contribuyente, que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha retraído en los casos "Mickey" y "Horvath", además de la aplicación de una ley penal tributaria que en muchos casos caminó sobre el precipicio de las garantías constitucionales.

A esta objeción podrá tal vez contestarse que no estaba habilitada la reforma de la parte dogmática de la Constitución por la ley declarativa 24.309. Contestamos a ello que estaba habilitada la discusión del federalismo fiscal como sistema y que éste incluye a las garantías. Por otra parte, la prohibición de modificar la parte dogmática no impidió que la reforma reforzara las garantías incluyendo un nuevo capítulo en la primera parte que incorpora el amparo, el hábeas data y el hábeas corpus. Tampoco impidió la reforma incorporar contenidos valorativos en la parte orgánica, especialmente en el art. 75 donde algunos paradigmas, como la igualdad real de oportunidades, el crecimiento equitativo de provincias y regiones, el desarrollo humano y el crecimiento económico con justicia social permiten aspirar a un criterio más progresivo en materia impositiva que contemple la capacidad contributiva como criterio constitucional por sobre la mera igualdad formal.

Tal vez el único reforzamiento garantista sea el del inc. 3° del art. 99 referido a las facultades del presidente de la Nación de dictar reglamentos de necesidad y urgencia en acuerdo general de ministros, donde se ha excluido expresamente la materia tributaria, junto a la materia penal, al régimen electoral y de partidos políticos; donde se resalta la especial naturaleza de lo tributario como expresión de la soberanía del Estado. Esta ratificación del principio de legalidad en materia fiscal realizada por el constituyente no ha tenido, sin embargo, correlato en la práctica de la ejecución de la política tributaria donde la apelación al "decretazo" ha sido frecuente.

Pero más allá de estas consideraciones sobre el "deber ser que no fue", nos encontramos con el hecho estricto de la reforma y de la nueva normativa que debe ser cumplida (*dura lex sed lex*), aun cuando los plazos previstos por el constituyente para dictar la nueva ley de coparticipación antes de fin de 1996 se hayan vencido como ocurriera con otros tantos plazos de una reforma constitucional de "textura abierta" como gusta decir al profesor Germán Bidart Campos.

Se ha simplificado la redacción del inc. 1° del art. 75 para otorgar mayor claridad a un texto que resultaba confuso por contener referencias a situaciones preexistentes a la organización del país, como aquellas relativas a equivalencias de monedas en el interior del país, en tiempos en que circulaban distintas unidades monetarias. En materia de derechos aduaneros debe existir una "doble uniformidad": ser tales derechos iguales en todo el territorio, y ser también iguales las "valuaciones" sobre las que recaigan. Por ej., el derecho de importación de una mercadería determinada debe ser el mismo en todo el país, y el "valor" o cotización de esa mercadería debe ser de igual cantidad o monto en todo el país.

La lucha por el control de los derechos sobre el comercio exterior ha protagonizado las guerras civiles del siglo XIX habida cuenta del poder de recaudación de la Aduana de Buenos Aires. La federalización de los derechos aduaneros, manteniendo las aduanas exteriores y suprimiendo las interiores (arts. 9° y 10, CN) ha sido uno de los pilares sobre los cuales se organizó la Nación a partir de 1860. Durante las últimas décadas han sido frecuentes las delegaciones legislativas a organismos técnicos del Poder Ejecutivo como la Aduana o la Secretaría de Comercio.

El inc. 2° del art. 75 ha quedado redactado de la siguiente manera: *"Corresponde al Congreso... 2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.*

"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 transferencias de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por la ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.

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

Lejos de definir la asignación de recursos entre Nación, provincias y municipios, la reforma optó por darle rango constitucional a la práctica de la coparticipación, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos y garantizando "criterios objetivos de reparto" a fin de dar algunas garantías a las provincias. Tal vez pueda interpretarse que el constituyente tuvo en cuenta la recomendación de Alberdi en cuanto a que una de las cosas más difíciles de modificar en un pueblo es su sistema impositivo y que por eso trató de asegurar un claro y limpio juego en las reglas de la coparticipación.

La Constitución no dice que expresamente que los recursos deban coparticiparse, sino que afirma que los mismos "...son coparticipables" de donde puede interpretarse, como lo hace algún sector de la doctrina, que el sistema federal fiscal no se agota en la ley de coparticipación, aunque no debe olvidarse que la disposición transitoria sexta afirma en su primera parte que un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inc. 2° del art. 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal serán establecidos antes de la finalización del año 1996.

La distribución de recursos combina criterios de atribución directa a los servicios y funciones con criterios distributivos de base solidaria que se relacionan con el principio de equidad territorial contenido en el art. 75, inc. 19. La complejidad de valores a a armonizar complica la elección de los criterios predominantes que en la práctica distribuyen la coparticipación, tales como cantidad de población, necesidades básicas insatisfechas, índices de desarrollo relativo, etc.

La sanción de la ley de coparticipación, cuyo plazo constitucional quedó incumplido el 31/12/1996 a los efectos de reemplazar a la ley 23.548, debe considerar a los nuevos sujetos no contemplados en la ley anterior y que son la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y la ciudad de Buenos Aires, cuyas alícuotas a asignar en la coparticipación secundaria deben surgir de alguna resignación de porcentual por parte de otras provincias, o bien de una resignación por parte de la Nación en la distribución primaria. Cabe aclarar, a tales efectos, que se denomina distribución primaria al reparto entre Estado federal y provincias, en tanto que se denomina distribución secundaria al reparto interprovincial.

Las leyes convenio deben tener al Senado como Cámara de origen, siguiendo la propuesta de los *Dictámenes* del Consejo para la Consolidación de la Democracia, que proponía darle iniciativa a ese cuerpo representativo de las autonomías provinciales en toda la materia federal. Se ha cuestionado que se quiebra el principio tradicional —proveniente de Inglaterra— en cuanto a que las normas sobre impuestos deben tener iniciativa en la Cámara Baja conforme lo ha recogido el art. 52 (ex 44), CN. Sin embargo, debe observarse que no se trata del ejercicio legislativo del poder de imposición sino de una norma repartidora o de distribución de la masa recaudada, que a su vez debe requerir la correspondiente adhesión por parte de las provincias.

La Constitución se ha preocupado por que exista una adecuada relación entre ingresos y gastos, ya que en los últimos años y durante la vigencia de la ley 23.548, fueron muy frecuentes las transferencias de actividades desde el Estado central a las provincias, sin que el traspaso incluyera al de las partidas presupuestarias ni el de los ingresos genuinos correspondientes.

A este respecto, la mentada disposición transitoria sexta, que complementa el inc. 2° del art. 75, establece que la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada; tampoco podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación.

Esta cláusula está destinada a no alterar el mencionado equilibrio aunque su origen también está relacionado con el interés de la provincia de Buenos Aires por preservar el denominado "fondo de reparación histórica del Conurbano Bonaerense" que le fuera concedido como consecuencia de la renuncia efectuada años atrás sobre su cuota de coparticipación que, en términos históricos se ubica por arriba del 30%, cuando recibe por coparticipación algo más del 20%.

La referencia a la cláusula transitoria en este punto nos lleva a plantearnos cuál es su rango de validez normativa. En principio, las disposiciones transitorias son normas constitucionales y sólo difieren de las normas constitucionales generales en tanto están sujetas a un plazo de caducidad en el tiempo. En el caso de la disposición transitoria sexta pensamos que si bien la primera parte ha perdido todo efecto al cumplirse la fecha prevista del 31/12/1996, respecto del resto de la disposición mantiene su validez hasta el momento de dictar el nuevo régimen de coparticipación federal.

Finalmente, el art. 75, inc. 2° deja el control y la fiscalización del sistema a un órgano fiscal federal, a la manera de la denominada Comisión Federal de Impuestos, cuyo plazo de conformación debió también atenerse a lo establecido en la disposición transitoria sexta. La discusión teórica que se

formó en derredor de este nuevo organismo de rango constitucional es el de si sólo las provincias y la ciudad de Buenos Aires lo integran o sí la Nación también es parte. El debate no es menor porque nos lleva a cómo se compone la Nación por el conjunto de las provincias, pero desde un punto de vista pragmático cual es el contralor de la materia coparticipable, parece ineludible que el Estado federal está sentado en ese organismo.

La disposición transitoria sexta, *in fine*, dice que la misma no afecta los reclamos administrativos o judiciales en trámite originados por diferencias por distribución de competencias, servicios, funciones o recursos entre la Nación y las provincias.

Al respecto, cabe destacar que en el caso "Transportes Automotores Chevallier" se ha dado fundamento a las decisiones de la Comisión Federal de Impuestos, negándose en el caso su revisión por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación dada la naturaleza del asunto tratado.

La conformación del nuevo sistema federal fiscal dispuesto por la reforma constitucional de 1994 no se agota en el inc. 2° del art. 75 en su nueva y extensa redacción, sino que debe necesariamente integrarse con la disposición contenida en el nuevo inc. 3° del mismo artículo, que manda al Congreso *"Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por la ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara"*.

De un simple lectura del nuevo inciso, sin mayor esfuerzo interpretativo, se desprende que la Nación se reserva el derecho —con mayoría especial, es cierto— de modificar unilateralmente lo convenido en el mecanismo especial de la ley-convenio, ideado oportunamente para no afectar las competencias del orden público constitucional referidas a la separación de las fuentes impositivas conforme a las respectivas jurisdicciones.

Por este camino podría ocurrir que las necesidades de un Fisco nacional que cuente con la adhesión de las mayorías parlamentarias, desnaturalice el juego coordinado del sistema federal fiscal. Creemos que el inc. 3° es una clara demostración del carácter centralista que anidó en la incorporación de la coparticipación federal a la Constitución.

En un sistema de concurrencia y de coparticipación de lo recaudado el tema más importante es el de la coordinación entre las distintas jurisdicciones que conforman el Estado que debe preocuparse por una asignación eficiente que garantice los objetivos y valores constitucionales.

El tema de la coordinación de las políticas es el más dificultoso por la necesidad de un equilibrio equitativo y, por ende, cuanto menor sea el margen posible para la discrecionalidad del poder político, tanto más se asegurará la eficiencia y —sobre todo— el control en la ejecución de los recursos. Para el derecho constitucional, como asignatura preocupada por las garantías fundamentales frente al poder, el tema del control reviste una importancia singular.

Por eso es también que insistimos, desde nuestro punto de vista, que un debate previo a incluir la coparticipación federal en la Constitución, debió ser el de asignar los recursos correspondientes a cada ámbito jurisdiccional a través de un criterio actualizado de separación de fuentes. Esto no significa que la doble imposición sea descalificable o mala en sí misma pero si puede evitarse tanto mejor.

Además, acercar los recursos a los gastos, descentralizándolos en el nivel local presenta indudables ventajas desde el punto de vista del control. El control social y el control democrático son más eficientes cuando el gasto está cerca y no lejos de la gente.

La práctica de la coparticipación ha debilitado el federalismo argentino porque las jurisdicciones locales dejaron de preocuparse por recaudar con eficiencia si en definitiva sería el Estado federal el que haría el trabajo desagradable de cobrar impuestos a los habitantes y votantes del territorio.

Una deformación frecuente de esa práctica fue la actitud de algunos gobernadores de provincia que siguieron políticas estatistas y populistas de inflación de gasto y ensanchamiento de la administración, confiando en que el gobierno central resolvería sus problemas de caja merced a adecuados arreglos políticos.

La distribución de recursos se convirtió, en los hechos, en una fuerte herramienta de presión política destinada a favorecer a los aliados y a postergar a los opositores según los casos. En ese contexto complejo se añade también la distribución de regalías que corresponden originariamente a las provincias (arts. 121 y 124 *in fine*, CN) pero que tradicionalmente la Nación explotó por medio de empresas nacionales, distribuyendo lo producido. Aunque tales montos no se incluyen técnicamente dentro de la coparticipación han formado parte de las negociaciones globales.

Una adecuada definición de recursos y gastos a nivel jurisdiccional, de abajo hacia arriba, tanto más en tiempos de reconocimiento de la autonomía municipal en materia financiera favorecería la eficiencia en la recaudación y haría más transparente la gestión y el control. Nuestro país tiene índices muy bajos de recaudación de los impuestos locales, como el inmobiliario o las patentes de automotores, si se comparan las alícuotas con otros países federales (ej. los Estados Unidos) en tanto se concentran los recursos en los impuestos coparticipables como el impuesto al valor agregado.

La enunciación constitucional de declarar "coparticipables" a los recursos no significa que necesariamente "deban" coparticiparse cuando es posible atender a las necesidades de un federalismo real y no sólo a una enunciación que no se traduce en las posibilidades de gestión económica.

Fuera de los incs. 2° y 3°, la Constitución autoriza al Congreso en el inc. 9° del art. 75 para *"Acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios"*. La intención del constituyente de auxiliar a la provincia con necesidades se inspira en la solidaridad fiscal y el federalismo de cooperación dentro de la unidad de la Nación; pero no puede dejar de apuntarse que el inciso constituye una nueva excepción a la regla de la coparticipación fiscal cuando se lo utiliza con fines de política partidaria o electoralista.

La nueva norma remite al inc. 2° del mismo art. 75 en cuanto deben contemplarse en la distribución de recursos coparticipables, la competencia, servicios y funciones de cada jurisdicción, observando "criterios objetivos de reparto".

7. El presupuesto

Bielsa definió al presupuesto como un cálculo previo y exacto de los recursos o ingresos y de los egresos o gastos fijados por el Poder Legislativo, para ser realizado en un período administrativo que, por principio, es de un año. Por su parte Bidart Campos nos explica que el contenido del presupuesto se divide en dos grandes grupos: ingresos y egresos; ubicándose entre los ingresos la autorización para recaudar impuestos, y entre los egresos la autorización para efectuar gastos e inversiones, el reconocimiento de créditos a los particulares, la autorización para hacerlos efectivos, etc. [521].

En el caso argentino, como en casi todas las constituciones, la confección del presupuesto está a cargo del Poder Ejecutivo y su aprobación o rechazo corresponde, por diferentes procedimientos, al Poder Legislativo. Por la tradicional importancia que se asignó — y que ciertamente tiene— el manejo de los fondos públicos, ha sido siempre el órgano representativo por excelencia el que ha tenido esa elevada misión.

Sin embargo, el procedimiento de formación presupuestaria ha perdido su valor como garantía con el transcurso del tiempo. Éste es un hecho de la realidad dentro del mismo juego democrático y que se ve demostrado por la forma habitual en que se desarrollan las relaciones entre el gobierno y las cámaras, por la complejidad técnica de su elaboración que en términos generales suele ser desconocida por muchos parlamentarios, quienes a la hora de tener que decidir se limitan a un examen formal y a una votación, generalmente aprobatoria.

Durante mucho tiempo, sobre todo desde la óptica del Estado liberal de Derecho, el presupuesto actuó como el eje, como la garantía principal de so-

[521] BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, cit.

meter al control del pueblo la gestión de la hacienda pública, a través de sus representantes legítimos. Sin embargo ese sistema de control presupuestario ha constituido meramente un mecanismo de carácter formal o de legalidad, frente al cual es menester propugnar un control material o de legitimidad. Resulta necesario contar con un sistema de control más efectivo, conforme a más cercanos criterios de justicia.

Si bien no puede desconocerse la importancia que mantiene el presupuesto como instrumento formal de conocimiento de la actividad gubernamental, no menos cierta es su declinación como elemento fundamental del sistema. En la actualidad no basta con la adecuación formal a la norma. Debe analizarse la justicia en su contenido intrínseco, en sus dos grandes partes: ingreso y gasto. Dada por supuesta la adecuación formal a las normas, surge la necesidad de aplicar principios concretos de distribución que hagan plena la justicia social establecida como objetivo en la Constitución (art. 75, inc. 19, CN).

Bajo el apogeo del Estado liberal de Derecho se asentó el principio de "capacidad de pago" como un parámetro de justicia material del concurso individual de los ciudadanos al sostenimiento del gasto, colocándose como elemento relevante en una visión antropocéntrica del derecho tributario y de su función garantista [522]. De ese modo, desde la misma Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se estableció la contribución proporcional, de acuerdo con la propiedad y la fortuna (art. 13). Ése fue el criterio que siguieron las constituciones demoliberales y es una proyección al terreno económico del concepto de igualdad ante la ley, el cual no equivale a igualdad absoluta sino a igualdad ante iguales circunstancias.

En esa corriente se alinea la Constitución Nacional sancionada en 1853 cuando el art. 4° prevé la formación del Tesoro nacional, enumerando entre los recursos que lo conforman a las... *d)* contribuciones que *equitativa y proporcionalmente a la población* impone el Congreso General...". En tanto que el art. 75 (ex 67) autoriza al Congreso Federal a "...imponer contribuciones directas por tiempo determinado y *proporcionalmente iguales* en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan..." (inc. 2°).

Por su parte el art. 16 consagra consagra constitucionalmente la igualdad ante la ley y dice en su última parte: "*...la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas...*". La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que se trata de igualdad ante iguales circunstancias, aun cuando la reforma constitucional de 1994 ha puesto el énfasis en la "no-discriminación" y en el paradigma de la "igualdad real de oportunidades" (art. 75, inc. 23) como nuevo concepto material de la igualdad.

[522] DALLA VIA, Alberto R., "Las garantías en el derecho constitucional argentino", *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, nro. 2, Ediar, Buenos Aires.

El derecho tributario ha tenido un gran desarrollo y con mucho celo las constituciones resguardaron a los pueblos de los abusos del Fisco. Muchas cartas y documentos constitucionales tuvieron su origen en los abusos impositivos. La misma independencia estadounidense tiene orígenes impositivos. Nos basta al efecto recordar la tradicional norma inglesa que reserva el tratamiento de las leyes sobre contribuciones a los comunes para evitar así los abusos de la nobleza.

Tanto empeño liberal por buscar la justicia en el plano individual del tributo ha evolucionado en el marco del Estado social y democrático de Derecho hacia el resguardo de la otra cara de la moneda cuando de presupuesto se trata: el gasto. Será entonces la elaboración de un criterio o principio de justicia del gasto el que proporcione el parámetro de participación general en la riqueza comunitaria dentro de la nueva orientación del derecho constitucional así como también del derecho financiero. De manera que, de la trilogía interés individual-tributo-derecho tributario, pasamos a la nueva trilogía interés colectivo-gasto-derecho financiero, sin que el nuevo interés por la segunda desmerezca el valor axiológico de la primera.

8. Las competencias constitucionales en materia de deuda externa

El art. 75, inc. 7°, CN establece que *"Corresponde al Congreso: ...7. Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación"*. La interpretación de este inciso plantea distintas cuestiones no solamente en cuanto a su acabado significado, sino también en cuanto a quien corresponde la competencia específica en materia de deuda externa.

El término "arreglar" aparece en otros incisos del mismo art. 75, CN, como los incs. 14 y 15 que, a su turno, establecen que *"Corresponde al Congreso: ...14. Arreglar y establecer los correos generales de la Nación... 15. 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"*.

El art. 75, inc. 7°, que antes de la reforma constitucional de 1994 era el art. 67, inc. 6° se remonta en cuanto a antecedentes normativos al art. 2° del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos que remitía a un "Congreso General Federativo... el pago de la deuda de la República, consultando del mejor modo posible la seguridad y engrandecimiento de la República, su crédito interior y exterior y la soberanía, libertad e independencia de cada una de las provincias".

También suelen citarse como fuentes secundarias de la norma en cuestión el art. 50, inc. 10, Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 que atribuía al Poder Legislativo el "reconocer la deuda nacional y señalar los medios para consolidarla y amortizarla" y el art. 1° secc. VIII de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que atribuye al mismo poder la misión de "pagar las deudas" [523].

En ese sentido el término arreglar puede ser vinculado con un contexto histórico preciso al momento de sancionarse la Constitución, cual era el arreglo del empréstito con la casa "Baring Brothers" de Inglaterra contraído por la provincia de Buenos Aires durante los años 20 del siglo XIX bajo la presidencia de Bernardino Rivadavia y que fuera cancelado recién a comienzos del siglo XX.

Señalaba al respecto Montes de Oca, haciendo referencia al entonces art. 67, inc. 6°, CN: "...La deuda interna y externa... aparecían tan oscuras, tan abstrusas, que no era posible darse cuenta exacta de su monto o importancia. Se aconsejaba la necesidad de consolidar las cargas del Estado; y para hacer el estudio prolijo del valor de los créditos, máxime cuando al Congreso se le había conferido la facultad de hacer empréstitos y la consolidación en cierto modo participa de sus caracteres, era prudente determinar que sería prerrogativa del Congreso la de arreglar el pago de las deudas contraídas dentro y fuera de la Nación..." [524].

El empréstito de la casa Baring Brothers de 1824 se realizó con el objeto de emprender distintas obras como el puerto de Buenos Aires y la red de agua corriente para la misma ciudad que recién comenzarían a proyectarse y ejecutarse medio siglo después. El monto total comprendido en las operaciones de crédito fue de tres millones y medio de pesos, recibiéndose un adelanto inicial de un millón de pesos y organizándose el Banco de Buenos Aires sobre esa base. En 1826 se organizó el Banco Nacional sobre la base del primero, de manera que la deuda exterior contraída estuvo alternativamente en manos de la provincia y de la Nación. Al constituirse definitivamente la Nación después de 1860 la reconoció como obligación propia, aunque los acreedores no aceptaron novación alguna que eliminara la responsabilidad directa de la Provincia de Buenos Aires por la deuda originaria. La Nación reorganizada arregló con los acreedores del exterior el pago de todos los intereses y obligaciones acumuladas representando al final el valor del empréstito alrededor de veinticinco millones de pesos oro [525].

En 1853 la Nación mantenía tres deudas exteriores, conforme lo expusiera Benjamín Gorostiaga durante los debates del Congreso General Constituyente.

[523] MASTRORILI, Carlos P., "Atribuciones del Congreso en materia de deuda externa", LL 1984-C-831.

[524] MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones...*, cit., p. 291.

[525] DE VEDIA, Agustín, *Constitución...*, cit., p. 247.

La primera era la de 1826 y estaba relacionada con el primer empréstito inglés. La segunda procedía de 1851, época de la campaña emprendida por Justo José de Urquiza para derrocar a Juan Manuel de Rosas. La tercera, de 1853, fue autorizada por el propio Congreso Constituyente. Las tres deudas representaban una suma total de 13 millones de pesos fuertes que requerían anualmente de 700.000 pesos fuertes en amortizaciones e intereses. La deuda interior de Buenos Aires importaba entonces, entre papel moneda y obligaciones particulares, doscientos cuarenta millones de pesos del antiguo medio circulante, de manera que la renta aduanera de Buenos Aires estaba afectada al servicio de la deuda particular [526].

Los primeros empréstitos exteriores que contrajo la Nación, después de reorganizada en 1862, son los de 1868 y 1871. El primero, que tenía por objeto sufragar los gastos de la guerra del Paraguay, fue de 12 millones de pesos fuertes: el interés y amortización eran del 6 por ciento y 2 y medio por ciento respectivamente, con afectación de las rentas generales y bienes de la Nación. El segundo empréstito, por 30 millones de pesos, con interés del 6 por ciento y amortización de 2 y medio, garantido con las rentas generales de la Nación y con el producto de los derechos adicionales de importación y exportación, se destinaba a la cancelación de los créditos del Banco de la Provincia y a la construcción de ferrocarriles y puertos. El primer empréstito (1868) fue colocado al 72 por ciento; el de 1871 al 88 y medio. En 1880, con la federalización de Buenos Aires la deuda exterior de la Nación importaba 55.290.900 pesos, y la deuda interior 35.672.709 pesos. Al federalizarse la Ciudad de Buenos Aires, la Nación tomó sobre sí la deuda exterior de la provincia [527].

En la doctrina constitucional argentina existen discrepancias en cuanto al alcance que cabe dar al art. 75, inc. 7°, CN. Así Bidart Campos señala que si bien el término "arreglar" nos da la idea que debe existir alguien con quien el tema debe ser arreglado, no pudiendo resolverse unilateralmente. Señala que es con el acreedor con quien debe "arreglarse" la deuda, siendo el Congreso el órgano a quien le incumbe arreglar el pago de la deuda y no al Poder Ejecutivo ni al ministro de Economía o de Relaciones Exteriores. Agrega que es hora de que el Congreso asuma su deber de "arreglar" el pago de la deuda exterior y que, al hacerlo, recupere para el gasto social el nivel axiológico que la Constitución le discierne [528].

En tanto que Vanossi relativiza el alcance del término al armonizarlo con otras disposiciones del texto constitucional y citando en su abono la opinión de tratadistas, algunos antiguos y otros contemporáneos como Joaquín V. González, Agustín de Vedia, José Nicolás Matienzo, Carlos Sánchez Viamonte, César Enrique Romero y Humberto Quiroga Lavié. En tal sentido entiende que el problema debe entenderse en el marco del ejercicio de facultades propias o delegadas, según el caso y las circunstancias y que el Poder Legislativo actúa en esta materia en las únicas oportunidades que la propia Constitución Nacional determina específicamente, como lo son los arts. 4°, 17 y 75, CN, referidos a la creación de recursos, el art. 75, inc. 8° referido a la aprobación del presupuesto y a la probación o rechazo de la cuenta de inversión y los arts. 53, 59 y 60, CN al llegar a la instancia de acusación o promoción del juicio político contra el presidente y sus ministros por las causales previstas en la Constitución Nacional. Sostiene que la cuestión no había generado un debate constitucional de envergadura, siendo pacífica la aceptación en cuanto a la gestión ejecutiva en materia de gestión de la deuda pública externa [529].

En opinión de Agustín de Vedia, debe contrastarse el origen de nuestra disposición constitucional con su fuente de origen, la Constitución de los Estados Unidos, de manera que en aquella el Congreso impone contribuciones para "pagar las deudas, proveer a la defensa común y bienestar general". Luego, en segundo término, por cláusula separada, se acuerda el poder de levantar empréstitos en dinero. En la Constitución argentina no se sigue el mismo orden: se empieza por autorizar los empréstitos (art. 75, inc. 4°), y se autoriza luego el arreglo de la deuda (art. 75, inc. 7°). Pero como esta última cláusula aparece aislada, sin determinar un objeto exclusivo, sin conexión alguna con la recaudación de las contribuciones, carece de explicación razonable que admite la cláusula americana, pudiendo considerarse como redundante [530]. Y en buena medida tal redundancia surge —decimos nosotros— porque el momento en que se hace operativa la aprobación de una negociación de deuda no puede ser otro que el momento de la aprobación presupuestaria (art. 75, inc. 8°, CN).

Por lo demás, corresponderá pasar revista a las atribuciones del Poder Ejecutivo nacional para determinar si al mismo le caben funciones en materia de gestión de deuda pública externa. En tal sentido, el art. 99, inc. 11 expresamente señala. *"El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ...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

[526] DE VEDIA, Agustín, *Constitución...*, cit., p. 248.

[527] DE VEDIA, Agustín, *Constitución...*, cit., p. 248.

[528] BIDART CAMPOS, Germán J., "Arreglar el pago de la deuda externa (?)", LL del 6/9/2001, p. 1.

[529] VANOSSI, Jorge R. A., "La gestión constitucional de la deuda pública externa", *La Nación*, 26 y 27/5/1985.

[530] DE VEDIA, Agustín, *Constitución...*, cit., p. 246, parág. 275.

admite sus cónsules" (lo resaltado es nuestro). Esas otras negociaciones dan lugar a numerosas prácticas frecuentes en el ámbito diplomático como los acuerdos simplificados, notas reversales, etc. que forman parte de la mayor cantidad de contactos que se realizan en la práctica internacional. La fundamentación en cuanto a que las atribuciones en materia de gestión de la deuda pública exterior se encuentra en la condición del Poder Ejecutivo de ejercer la representación de la Nación en materia de relaciones exteriores se afirma en orden a lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en cuanto a que los países signatarios no pueden sustraerse de sus compromisos contraídos en el ámbito internacional amparándose en disposiciones del derecho interno [531].

Esa base normativa es la que con posterioridad a la recuperación democrática en 1983 permitió dar una respuesta jurídica en materia de gestión de deuda en orden a la pesada carga de la deuda externa heredada de los gobiernos *de facto* como consecuencia de un fenómeno globalizado que respondió a una estrategia general de endeudamiento de los países en vías de desarrollo por los préstamos de capitales ociosos principalmente en los años '70, vinculados a la cuestión del petróleo.

De allí en adelante, el problema en lo sustancial lejos de solucionarse ha ido agravándose por los problemas de recesión y de depresión económica que han traído aparejado bajas en la recaudación impositiva y dificultades diversas para atender a los servicios de la deuda externa, cuyos intereses se han ido acumulando, con los recursos asignados en el presupuesto, llegándose a implementar el programa denominado de "déficit cero" para no agravar el déficit fiscal y poder atender a las obligaciones de la deuda externa e interna sin comprometer el crédito de la Nación.

Algunos autores como Sabsay y Onaindia y el propio Vanossi ya habían puesto de manifiesto las dificultades de orden práctico que implicaba el tratamiento o "arreglo" de la deuda externa por parte del Congreso en su totalidad; para el segundo de los autores nombrados, se trataría de dificultades similares a la pretensión de que los "arreglos" sobre límites se agotaran en el Congreso con el debate legislativo. Tal pretensión resulta de cumplimiento imposible en la práctica, al igual que ocurre con las negociaciones por la deuda externa [532].

De manera que bien puede afirmarse que la materia referida a la deuda externa es desde el punto de vista constitucional una materia de competencias divididas o repartidas, para ser asumidas y ejercidas por distintos órganos y en diferentes momentos. No se trata de competencias compartidas o concurrentes, sino que cada poder interviene a su turno, el Poder Ejecutivo en la negociación, como ocurre con su competencia en materia de relaciones exteriores, en tanto que el Congreso interviene al aprobar el presupuesto porque no hay operatividad legal al margen del inc. 8° del art. 75, CN [533].

En opinión del autor que venimos citando, no debe imaginarse ni suponerse la existencia de una secuencia temporal entre la aprobación por parte del Congreso y la actuación del Poder Ejecutivo como ocurre en el caso de la declaración de guerra o de negociaciones de paz (art. 75, inc. 25, CN y art. 99, inc. 15, CN), en cuyo caso el Congreso primero autoriza al Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz. En nuestro caso la secuencia lógica es al revés porque es el Poder Ejecutivo quien negocia en ejercicio de sus facultades en materia de relaciones exteriores y es el Congreso quien realiza la correspondiente aprobación presupuestaria que se encuentra encuadrada dentro de los principios generales que rigen la materia presupuestaria (v.gr., anualidad). También señala que nada obsta a que el Congreso pueda reglamentar el funcionamiento de las negociaciones por vía de una ley reglamentaria del art. 75, inc. 7°, CN [534].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el Congreso únicamente interviene cuando arbitra los medios para viabilizar los pagos, reconociendo el derecho de petición de los acreedores que pueden acudir ante el Congreso (Fallos 2:36). El Congreso también tiene la oportunidad de intervenir para establecer en una ley las condiciones del retiro o conversión de los títulos de deuda pública emitidos por el Estado, en términos obligatorios para los tenedores de los mismos y el Poder Ejecutivo encargado de efectuar la conversión (Fallos 104:355).

9. El comercio interjurisdiccional

El art. 75, inc. 13, CN, conforme la numeración resultante de la reforma de 1994 señala que *"Corresponde al Congreso: ...13. Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí"*. En su redacción anterior, el art. 67, inc. 12 establecía como facultad del Congreso de la Nación la de *"Reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí"*. De modo que el texto reformado ha suprimido los vocablos "marítimo y terrestre" actualizando la terminología y haciendo que ninguna clase de comercio interprovincial quede excluida de la competencia federal en materia de comercio interprovincial. La compe-

[531] VANOSSI, Jorge R. A. - DALLA VIA, Alberto R., *Régimen...*, cit.

[532] SABSAY, Daniel A. - ONAINDIA, José M., *La Constitución...*, cit., comentario al art. 75, "Atribuciones económico-financieras del Congreso".

[533] VANOSSI, Jorge R. A., "La gestión...", cit.

[534] VANOSSI, Jorge R. A., "La gestión...", cit.

tencia será federal siempre que exista comercio interprovincial. Quedan incluidos los supuestos en que haya:

1) Comunicación, transporte o actividad que físicamente traspase los límites de una provincia o de la Ciudad de Buenos Aires.

2) Casos en que la mercadería continúa en transporte aunque el medio usado para transportarla no supere los límites provinciales.

El término comercio es entendido en sentido amplio a los efectos de este inciso, abarcando según lo expresara Sánchez Viamonte, todo lo relacionado con actividades económicas, como: legislación industrial, fomento de industrias, leyes de patentes y marcas, régimen impositivo relativo a la riqueza y su circulación, navegación marítima y fluvial, tránsito de mercaderías y ganado en pie, el crédito, la moneda, el fomento de las industrias y el régimen impositivo que grava la riqueza y su circulación [535].

El antecedente de la denominada "cláusula comercial" de nuestra Constitución debe buscarse en el art. 1°, secc. 8ª, cláusula 3ª de la Constitución de los Estados Unidos.

En cuanto a la cláusula comercial en la Constitución Nacional, ha sido una de las cuestiones más conflictivas. El término comercio ha sido interpretado en sentido lato, es decir, como todo tipo de tráfico, intercambio, comunicación y tránsito de cosas, personas, mercaderías, ideas e imágenes que en forma directa o indirecta afectan o alcanzan a las relaciones con el extranjero o de las provincias entre sí. Siguiendo a Quiroga Lavié, se encuentran comprendidas en esta facultad: a) La atribución del Congreso de reglamentar la libre navegación de los ríos interiores (art. 75, inc. 10, CN). b) La atribución del Congreso de habilitar los puertos que considere convenientes (art. 75, inc. 10, CN). La Corte Suprema ha sostenido que esa atribución sólo importa el permiso de cargar y descargar mercaderías, y embarcar y desembarcar pasajeros (caso "Puerto de Rosario", Fallos 111:179). c) La atribución del Congreso de regular el sistema de comunicaciones interprovinciales e internacionales: entre otras, las de telégrafo, teléfono u otros medios (caso "Transradio Internacional", Fallos 269:92); la de regular el transporte aéreo de pasajeros y cargas interprovincial e internacional (caso "Austral", Fallos 279:33); la de regular el transporte de cargas por vía fluvial entre puertos argentinos y el extranjero (Fallos 278:210). d) La atribución del Congreso de arreglar y establecer los correos generales de la Nación (art. 75, inc. 14, CN) [536].

Las mayores controversias en nuestro sistema jurídico sobre este tema se han presentado en cuanto a las facultades de la Nación y de las provincias para

[535] SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, 4ª ed., p. 271.

[536] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1878, p. 708.

imponer tributos al comercio. Esta importante cuestión, que ha sido muy bien desarrollada por Spisso en su *Derecho constitucional tributario*, ha merecido una clara y oportuna —aunque tardía— definición por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia recaída en la causa "Impresit Sideco SA v. Provincia de Buenos Aires" [537], decidida el 20/11/1980, en donde el Alto Tribunal manda diferenciar, a los efectos de la validez o invalidez de un gravamen, la competencia federal para reglar el comercio interjurisdiccional de la que se refiere al poder tributario, ya que la Constitución establece una distribución de la potestad tributaria, entre el gobierno federal y las provincias, que no puede confundirse con el reparto de atribuciones efectuado en otras materias. Una cosa es, pues, la facultad para reglar el comercio interjurisdiccional, y otra bien distinta el poder tributario.

La evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia puede dividirse en tres etapas [538]:

a) La primera es la que podría denominarse "doctrina tradicional" y se extiende desde la instalación de la Corte hasta 1966. En materia de comercio interjurisdiccional se admite el ejercicio de facultades impositivas por las provincias en la medida en que no se condicione su uso, no se discrimine en su contra y no se entorpezca la política nacional con excesivas regulaciones. En esta primera etapa se niegan a los gobiernos locales las facultades impositivas en materia de transporte interjurisdiccional. La Corte Suprema tuvo en este período la oportunidad de ir afirmando una rica doctrina en la que se destacan los siguientes principios: El vocablo "comercio" del art. 67, inc. 12, CN (actual 75, inc. 13) es comprensivo, no sólo del tráfico mercantil, sino también del transporte de bienes o personas en el territorio de la Nación (Fallos 188:27; 191:502; 230:388). Se debe distinguir entre los derechos de tránsito, prohibidos por la Constitución (arts. 9°, 10 y 11, CN) del transporte de pasajeros o cargas, que puede ser gravado como contrato de transporte por las provincias, en cuanto revista carácter intraprovincial (Fallos 188:27; 191:502; 280:388; 279:33; 278:214) [539].

b) Desde 1966 a 1973 se adopta un criterio muy restrictivo en cuanto al alcance de las facultades inpositivas de los gobiernos locales. En el fallo recaído en la causa "Transradio Internacional SA v. Provincia de Buenos Aires" el 11/10/1967, el Alto Tribunal invalidó un gravamen que incidía sobre el consumo de energía eléctrica utilizada para la emisión o recepción de mensajes radiotelegráficos al exterior o desde el exterior, destacando que "...la potestad federal de regular el comercio interjurisdiccional es amplia y

[537] LL 1981-A-346 y ED 92-452.

[538] SPISSO, Rodolfo R., *Derecho constitucional tributario*, con prólogo del Dr. Germán J. Bidart Campos, Depalma, Buenos Aires.

[539] SPISSO, Rodolfo R., *Derecho constitucional...*, cit.

no puede ser limitada, o interferida por las provincias, ya sea mediante tributos o por otras medidas..." [540]. La doctrina mencionada implicó un verdadero cercenamiento de las atribuciones impositivas de los gobiernos locales. En el mismo sentido, con algunos matices, se inscriben distintos pronunciamientos del Alto Tribunal [541].

En el fallo recaído en la causa "Vila, Luis y otro v. Provincia de Córdoba" la Corte perfecciona la denominada doctrina del "envase original", conforme a la cual una mercadería se incorpora a la masa local de bienes cuando es tratada como una parte de la masa general de bienes del Estado donde llega, aunque éste en su envase original [542].

c) A partir de 1973, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, volvió a la doctrina denominada "tradicional", generalizándola para los casos de transporte interjurisdiccional. A partir de la sentencia recaída en la causa "Indunor SA", se estableció como principio que, en la medida en que el tributo local no se aplique por el hecho de la entrada o salida de un producto de determinada jurisdicción, ni importe un tratamiento discriminatorio en beneficio de la producción local, la incidencia económica que el gravamen tenga respecto del comercio interjurisdiccional no es causa de inconstitucionalidad, ya que la circunstancia de que se tome en cuenta, además de los ingresos por operaciones, actividades o servicios intraprovinciales, los de origen interjurisdiccional, interprovincial o internacional, constituye un método razonable de imposición que responde, en última instancia, a la actividad creadora de riqueza que se produce en el ámbito físico de la jurisdicción local [543]. En la causa "Moos, Elías SA v. Provincia de Buenos Aires" la Corte puntualizó la improcedencia de descalificar un gravamen local por su eventual incidencia en el comercio exterior [544]. En el fallo recaído en la causa "Transportes Vidal v. Provincia de Mendoza" del 31/5/1984, la Corte señaló que la protección o inmunidad que los arts. 9°, 10, 11 y 67, inc. 12 (actual 75, inc. 13), CN acuerdan al comercio interprovincial e internacional es la necesaria para evitar medidas con las cuales se pudiera condicionar su curso, discriminar en su contra, someterlo a regulaciones múltiples que lo obstruyan o encarezcan, o entorpezcan una determinada política nacional [545].

[540] LL 129-180, revista *Impuestos* XXVI-135.

[541] Corte Sup., 21/7/1971, ED 38-336, 341 y 342; Corte Sup., 28/2/1972, "Puente SA v. MCBA", ED 43-581.

[542] GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *La Corte Suprema y la radicación económica de los bienes como fundamento de la imposición*, Centro de Investigaciones Permanentes de Derecho Financiero, Buenos Aires, p. 178.

[543] Fallos 286:301; ED 50-234.

[544] ED 82-475.

[545] ED 109-520, con comentario del Dr. Germán J. Bidart Campos.

De ese modo, se extendió el concepto aplicable al "comercio", también al "transporte" interjurisdiccional [546].

10. La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos

El debate sobre la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución Nacional fue uno de los que generó mayores intervenciones en la Convención Nacional reformadora de 1994, tanto en los discursos pronunciados en el recinto, como en las inserciones incorporadas a los diarios de sesiones y que hicieron que éste fuera uno de los temas que contó con mayor tratamiento, si se exceptúa el debate que demandó la discusión del reglamento de la Convención (art. 5°, ley 24.309).

Esa amplitud de discusión no refleja, sin embargo, una justificación técnica sobre el fundamento de la decisión de otorgar *"jerarquía constitucional"* a algunos tratados y no a otros. Las intervenciones de los señores convencionales en general se han referido a resaltar la gran importancia que tenía tratar este tema después de los años oscuros vividos en nuestro país como consecuencia de la violación de los derechos fundamentales durante la última dictadura militar [547].

Al fin y al cabo, los tratados incorporados al texto del inc. 22 del art. 75 ya tenían reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico desde la firma, aprobación y ratificación de cada uno de ellos y no es menos cierto que la parte dogmática de la Constitución Nacional los amparaba ampliamente. Podría cuestionarse —*a contrario sensu*— que la ideología demoliberal de la Constitución histórica no contemplaba el avance progresivo en materia de los derechos denominados de "segunda" y de "tercera generación"; pero tal objeción caía ante el marco amplio del art. 33 que permitía considerar la validez de los derechos no enumerados que encontrasen fundamento *en el principio de soberanía del pueblo y en la forma republicana de gobierno.*

Pero al hecho del pasado reciente con sus recuerdos de estado de sitio con suspensión de garantías, detenciones ilegales y desapariciones forzadas

[546] SPISSO, Rodolfo R., *Derecho constitucional...*, y comentario al fallo "Dodero Viajes v. MCBA", LL 1983-C-76.

[547] El convencional constituyente Dr. Iván José María Cullen sostuvo en el recinto que "...lo fundamental en esta temática no es el problema de la protección internacional de los derechos humanos o que incorporemos una cláusula en la Constitución o no, porque siempre van a estar protegidos con la ratificación de los pactos que establecen tribunales internacionales a tal fin, como el Pacto de San José de Costa Rica. El problema se vincula con el sentido docente que puede tener la norma y con la necesidad de que los jueces argentinos apliquen estas disposiciones fundamentales" (Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, versión taquigráfica correspondiente a la 23ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 3/8/1994, p. 3040).

de personas, donde era lógico esperar que el constituyente argentino ratificara el compromiso democrático dando una clara señal, se suma el contexto ideológico que ubica a los derechos humanos como una "nueva ética" dentro del derecho occidental. Los derechos humanos así entendidos tienen en nuestro tiempo el valor de un nuevo *iusnaturalismo*, de manera que un autor alemán, el profesor Kruger, ha llegado a señalar que en nuestro tiempo no es la ley (positiva) la que legitima a los derechos frente a la sociedad, sino que es el respeto a los derechos humanos quien da legitimidad y sentido a la ley [548].

En cuanto a la enumeración de algunos tratados de derechos humanos y no de otros, el tema parece explicarse por la dispersión del debate hacia algunos temas en particular fuera del *núcleo* de protección internacional conformado por la Declaración de las Naciones Unidas, la Declaración Americana de Derechos del Hombre de Bogotá, el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención de Nueva York de 1966 que dio origen a los dos "pactos" de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De manera tal que algunos convencionales pusieron el acento en la Convención sobre los Derechos del Niño con el fin implícito de proteger la vida humana a partir de la concepción en el seno materno (ej.: posición del convencional Rodolfo Barra), mientras que otros lo hicieron buscando otorgar una protección explícita a los derechos de la mujer (convencional Elisa Carrió), y así sucesivamente, como puede corroborarse en los diarios de sesiones de la Convención Constituyente y donde sobresalen los distintos énfasis, ej.: convencional Eduardo Barcesat: Derechos Humanos en general, tortura y discriminación; convencional Eduardo Pettigiani: protección de la familia; convencional Eduardo Romero Feris: protección de la libertad de prensa, etc.

Fue así como el acuerdo alcanzado en la comisión correspondiente y perfeccionado por la comisión redactora sometió a aprobación del cuerpo el artículo que fue aprobado, donde se enumeran los siguientes documentos internacionales:

a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

b) La Declaración Universal de Derechos Humanos.

c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054).

d) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ley 23.313).

e) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (ley. 23.313).

[548] Citado por PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.

f) La Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (dec.-ley 6286/1956).

g) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ley 17.722).

h) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ley 23.179).

i) La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (ley 23.338).

j) La Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849).

Como bien ha observado Ernesto de la Guardia, los dos primeros no son tratados propiamente dichos, por cuanto las declaraciones carecen de un elemento esencial en ellos, cual es el acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos y cuyo incumplimiento acarrea responsabilidades internacionales [549]. En cuanto al número de convenciones, los autores difieren sobre si la Constitución enumera ocho (Colautti) o nueve (Castorina de Tarquini). El primer criterio, del que participamos, considera que el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos debe considerarse incluido en aquél por aplicación de las reglas internacionales que rigen para los tratados (Convención de Viena), en tanto que el segundo criterio parte de la enumeración por separado que realiza el texto constitucional [550]. Entendemos que una regla hermenéutica apropiada en este caso impone interpretar la relación protocolo-tratado conforme se realiza en el ámbito propio de las relaciones internacionales, donde tales palabras tienen jerarquías y usos universalmente aceptados y no, necesariamente, caer en un apego de tipo textualista.

La primera observación evidente al sistema adoptado por la Constitución en el inc. 22 del art. 75 ha sido, sin lugar a dudas, la diferencia que ha quedado establecida entre algunos tratados de derechos humanos con *"jerarquía constitucional"*, que son los de la lista antes expuesta más los que se vayan agregando por el sistema de mayorías especiales del mismo inciso (2/3 de la totalidad de los miembros de ambas cámaras), *"...para gozar de la jerarquía constitucional"*, conforme lo expresa la Constitución en la norma de referencia y los demás tratados de derechos humanos aprobados y ratificados por nuestro país que no gozan de tal jerarquía.

Durante los debates de la Convención Reformadora el convencional Dr. Iván Cullen expresó "Señor presidente: la redacción impresa al inc. 19

[549] DE LA GUARDIA, Ernesto, "El nuevo texto constitucional y los tratados", ED año XXXII, 8613-3.

[550] COLAUTTI, Carlos, "Los tratados internacionales y la Constitución Nacional", LL 1999-69; CASTORINA DE TARQUINI, María C., "Supremacía de la Constitución", en *Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos*; PÉREZ GUILHOU, Dardo (dir.), *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires.

del art. 67 tiene serias deficiencias que en mi opinión debemos corregir. En primer lugar, es absolutamente incompatible con una jerarquización de los tratados sobre derechos humanos la discriminación entre tratados que tienen jerarquía constitucional y tratados que no la tienen. Debo señalar que la Argentina ha ratificado más de cien tratados en esta materia. En este sentido, solicito que se inserte en el *Diario de Sesiones* un trabajo realizado por uno de mis colaboradores, el profesor Carrillo Bascary, en el que figura toda la nómina.

"Esta primera observación que hago al despacho de la mayoría debería ser atendida, porque la unicidad de la protección internacional de los derechos humanos no puede ser desconocida por esta Convención. Al respecto, cuando René Cassin —que es muy conocido porque fue uno de los redactores de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, junto con Eleonora Roosevelt— intervino activamente en los debates sobre el Pacto de San José de Costa Rica, en la sesión del 10/11/1969 advirtió la necesidad de considerar los sistemas protectorios de derechos humanos como una unidad. Sin embargo estamos distinguiendo entre tratados que van a tener jerarquía constitucional y aquellos que no la tienen" [551].

También el Dr. Germán Bidart Campos, en un dictamen dirigido al presidente del Bloque de la Unión Cívica Radical, Dr. Raúl Alfonsín, se manifestaba a favor de una fórmula más abierta, que se refiriera a los tratados sobre derechos humanos en general y no a una lista que podría generar alguna confusión entre tratados incluidos y tratados no incluidos en la misma. A pesar de esa cuestión de carácter técnico-normativa, en el mismo texto señalaba el mencionado constitucionalista que consideraba la inclusión del inciso en la Constitución como un gran paso adelante [552].

Un primer problema que se nos aparece es qué califica o define a un tratado internacional como un tratado de derechos humanos. Podría presentarse el caso hipotético en que tratados autotitulados como de "derechos humanos" contengan restricciones a derechos fundamentales contenidos en la Constitución Nacional, de donde debe concluirse que la intención del constituyente al limitar la lista de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y fijar un mecanismo de admisión, fue la de dejar tal decisión en manos del Congreso de la Nación por imperio del art. 27, CN. No existiendo en nuestro derecho el control previo de constitucionalidad de los tratados, dicho control previo es un control político que corresponde al Congreso con la aprobación o con la admisión de tratados de derechos humanos y el otorgamiento de la correspondiente "jerarquía constitucional".

[551] Convención Nacional Constituyente, *Diarios de Sesiones* (versión taquigráfica), 23ª reunión, 3ª sesión ordinaria, 3/8/1994, p. 3038.

[552] El Dr. Bidart Campos elaboró el citado dictamen por pedido de los Dres. Antonio María Hernández, Humberto Quiroga Lavié y Alberto Ricardo Dalla Via.

Conforme ha quedado redactada la norma, los tratados con sus protocolos y las declaraciones enumeradas gozan de *"jerarquía constitucional"* categoría que también alcanzan los tratados que se sumen por decisión de una mayoría especial de los 2/3 de los miembros totales de cada una de las Cámaras. Hasta la fecha ha alcanzado esa jerarquía la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por el Congreso según el método expresado en 1997.

Tal atribución de jerarquía convierte a los tratados de derechos humanos en los tratados internacionales de más calificado rango dentro de nuestro ordenamiento positivo, aun por encima de los tratados de integración que deleguen competencias en organismos supraestatales (art. 75, inc. 24) al tiempo que genera un importante debate sobre el alcance de esa "jerarquía" toda vez que no se trata de una jerarquía constitucional plena (soberana) sino sujeta a condiciones que resultan del propio texto del art. 75, inc. 22:

— Los tratados sobre derechos humanos adquieren jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia",

— No derogan ningún artículo de la primera parte (parte dogmática), y

— Son "complementarios" de las declaraciones, derechos y garantías.

Nos referiremos a estas tres condiciones en particular en el punto siguiente, pero aquí es nuestra intención concentrarnos en cuál es el alcance y naturaleza de esa jerarquía constitucional condicionada o limitada respecto del principio de supremacía del art. 31, cuya interpretación resulta directamente de su carácter de constituir una manifestación de la soberanía del Estado [553].

Algunos autores que podemos ubicar en una posición extrema sostienen que con la novedad introducida por la reforma de 1994 se ha ensanchado la cima de la pirámide de la supremacía para dar cobijo tanto a la Constitución como a los tratados de derechos humanos, convirtiendo en una meseta aquello que antes era un pico o transformando la arquitectura egipcia desde la pirámide geométrica a la pirámide escalonada.

Se trata de una concepción coincidente con las tradicionales posturas monistas de recepción directa del derecho internacional en el derecho interno de los Estados que quedan de este modo "abiertos" a los cambios producidos a escala internacional. Para el Dr. Germán Bidart Campos, el constitucionalista más representativo de esa posición, se ha ampliado el contenido del principio de supremacía del art. 31, CN, de modo que en el vértice no se ubica solamente la Constitución, sino el denominado "bloque de constitucionalidad federal" que incluye al sistema internacional de derechos humanos con base en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas [554].

[553] VANOSSI, Jorge R. A., *Teoría constitucional*, Depalma, Buenos Aires.

[554] BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación del Sistema de Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires.

La tesis del denominado "bloque de constitucionalidad" ha sido sostenida en el derecho comparado por distintos autores que le asignan significados diferentes, aunque las acepciones más frecuentes son las elaboradas por los profesores Francisco Rubio Llorente, de España y Luis Favoreau, de Francia; de manera que el primero de los nombrados ha debido aclarar: "Es un simple nombre, y aunque es lamentable que el mismo nombre se utilice para denotar realidades diversas, cada cual es muy dueño de emplearlo como quiera, con tal de que precise qué es lo que con él quiere significar" [555].

En la doctrina francesa, la expresión *bloc de constitutionnalité* se utiliza para designar el conjunto de normas que el Consejo Constitucional aplica en el control previo de constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos parlamentarios. Este conjunto está integrado por la Constitución y, por remisión del Preámbulo de ésta, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1798 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, que es realmente una declaración de derechos, sobre todo de carácter social [556]. En tanto que en el derecho español y en la versión atribuida a Rubio Llorente, se hace referencia a la noción de "bloque de constitucionalidad" como el conjunto de normas de delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas [557].

En nuestro derecho, y conforme utiliza la expresión Bidart Campos, podría entenderse que el "bloque de constitucionalidad" no es esencialmente distinto del derecho federal enunciado en el art. 31 en rango jerárquico superior al derecho de las provincias, de manera que los tratados internacionales se integran en tal bloque en la medida, límites y condiciones que la Constitución establece. Tal circunstancia no excluye — a nuestro juicio— la vigencia del art. 27, CN.

Del carácter abierto de nuestro principio de supremacía participan también otros constitucionalistas como Sagüés y Ekmekdjian. Para el último de los nombrados, la jerarquía constitucional otorgada a los tratados sobre derechos humanos no solamente impacta en el art. 31, sino también en el art. 30 toda vez que, sostiene, al lado del sistema rígido de reforma constitucional, coexistiría ahora un sistema de carácter más flexible que consistiría en incorporar determinados tratados internacionales o, por el contrario, denunciarlos con las mayorías especiales que determina el art. 75, inc. 22, CN [558].

555 RUBIO LLORENTE, Francisco, "El bloque de constitucionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nro. 27, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 15.

556 FAVOREAU, Louis, "Le principe de constitutionnalité", en *Recueil d'Études en Hommage à Charles Eisenman*, Cujas, Paris, 1977.

557 RUBIO LLORENTE, Francisco, "El bloque...", cit., p. 15.

558 SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires; EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado...*, cit.

Es un hecho que puede comprobarse en la jurisprudencia de nuestros tribunales que, a partir de la reforma de 1994 se ha producido una importante receptividad directa del derecho internacional en el derecho interno que aplican los jueces en muchas materias, como la referida a la pauta del "interés superior del menor" en los procesos de familia y minoridad, como consecuencia de su consideración en la Convención sobre los Derechos del Niño, como así también en cuanto al derecho de los menores a ser oídos y a conocer su historia que han sido materia de notoria receptividad convirtiéndose en verdaderos "paradigmas" que han llevado a que el orden público establecido en la Constitución Nacional haya tornado hacia una afirmación notable de la autonomía personal [559].

Muchos temas como la adopción, así como las garantías en materia tributaria y penal han recibido un impacto directo e inmediato de los principios consagrados en los tratados sobre derechos humanos y que han producido importantes cambios de posición y de criterio en nuestro orden jurídico, como el ocurrido en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Giroldi" a la que nos referiremos más adelante.

Pero el importante valor moral de los derechos humanos y su indudable coincidencia con los principios humanistas de nuestro ideario constitucional, no deben hacernos perder de vista que el constituyente mantuvo incólume la vigencia del art. 27 que ocupa un lugar central en el régimen constitucional de los tratados, al ubicarse en la parte que la Constitución dedica a los grandes principios y declaraciones. Según el mismo, ningún tratado puede contrariar el orden público (interno), principio que ha reiterado el art. 75, inc. 22 al establecer que los tratados de derechos humanos no pueden derogar ningún artículo de la primera parte y que deben considerarse complementarios.

De manera tal que si bien la "jerarquía constitucional" tiene efectos jurídicos en cuanto a que ningún juez podría declarar inconstitucional un tratado del art. 75, inc. 22 en las condiciones de su vigencia, tal jerarquía no significa identificación con el principio de supremacía porque, como está dicho, supremacía es sinónimo de soberanía y ésta no admite condiciones ni limitaciones jerárquicas.

Los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) están en el piso superior de la pirámide jurídica pero no exactamente en el vértice porque, como indica el mismo inciso, están un escalón debajo del texto constitucional al no poder derogar ningún artículo de la primera parte y tener carácter complementario, que significa

559 Véanse en tal sentido las conclusiones del X Congreso Internacional de Derecho de Familia realizado en la ciudad de Mendoza en 1998.

"accesorio", y no principal como la Constitución Nacional. Tal interpretación es también la que mejor se concilia con la supremacía constitucional en cuanto reserva la última decisión en materia internacional.

11. La jurisdicción internacional en materia de derechos humanos

La consagración constitucional de un sistema especial de tratados internacionales sobre derechos humanos lleva aparejada, de manera consecuente, el reconocimiento de una jurisdicción internacional específica, que surge del derecho internacional público, conforme los compromisos asumidos por la Nación con la firma, aprobación y ratificación de los mismos. Tal instancia jurisdiccional produce efectos jurídicos sobre nuestro derecho interno, conformándose una fuente de aplicación y de interpretación del derecho constitucional de los derechos humanos y del régimen constitucional de los tratados en cuanto a esa materia respecta.

Tal jurisdicción internacional, en cuanto a nuestro país se refiere, opera particularmente en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos que tiene fundamento jurídico en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y en la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica" (ley 23.054).

Ello no implica, sin embargo, desconocer otros mecanismos de protección como los que establece de manera particular cada convención o tratado firmado y aprobado por nuestro país, entre los que se destacan el Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño. Especialmente, debe destacarse la Comisión de Derechos Humanos dependiente del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la que a su vez estableció la denominada Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece las instancias de denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA), con sede en Washington y compuesta por siete miembros, quienes deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos (art. 34). Es de destacar al respecto que al sancionarse la ley 23.054, nuestro país reconoció especialmente la competencia de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación a esta Convención por un Estado Parte (art. 44). A tal efecto, para que una petición sea admitida por la Comisión, es requisito que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos y que sea presentada dentro de seis meses a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva y que la materia no esté pendiente de otro procedimiento internacional.

Tal requisito de admisibilidad que manda agotar las vías en el derecho interno, en nuestro caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 31 y 116), resaltan la pertenencia al ámbito del derecho internacional que revisten los medios de protección de la Convención Americana, con apego a la Convención de Viena de Derecho de los Tratados; de modo que no deben desnaturalizarse interpretándolos como una suerte de cuarta instancia de derecho común, una vez que haya recaído decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para que se abra la jurisdicción internacional no solamente es necesario agotar los procedimientos internos, sino que el denunciado sea un Estado, en el marco de una causa y de una materia propia del derecho internacional de los derechos humanos.

Sólo en el caso en que la cuestión no pueda ser resuelta por la Comisión, ésta la somete a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, compuesta por siete jueces, nacionales de los Estados Miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad (art. 52).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, ejerce su competencia en materia contenciosa (jurisdiccional *strictu sensu*) y en materia consultiva, que en opinión de Héctor Gros Espiell, también constituiría un procedimiento de carácter jurisdiccional [560].

La competencia contenciosa de la Corte está regulada por los arts. 61 a 63 del Pacto de San José y se manifiesta en su potestad de decidir respecto de la "interpretación y aplicación de la Convención". Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la Corte, de manera que no tienen tal capacidad, ni los individuos, ni los organismos internacionales, ni ningún otro órgano del Sistema Interamericano, ni ninguna entidad gubernamental.

[560] GROS ESPIELL, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid.

El art. 68 de la Convención Americana dispone: *"1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*

"2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

Este último párrafo guarda relación con el art. 63, párr. 1° de la misma Convención, que dispone *"...Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".*

La misma Convención prevé un recurso de *interpretación* contra la sentencia en su art. 67. En cuanto a la posibilidad de interponer un recurso de *revisión* ante la misma Corte, coincidimos con Gros Espiell en cuanto a que el mismo es procedente por aplicación de los principios generales del derecho internacional [561].

En tal sentido, cabe resaltar que el estatuto de la Corte Internacional de Justicia prevé la revisión de los fallos en el art. 61, aunque es requisito fijar de manera muy precisa la existencia de un hecho nuevo capaz de ejercer una influencia decisiva y que antes del pronunciamiento del fallo fuera desconocido por la Corte y por la parte que solicitó la revisión. El recurso de revisión está también previsto en el reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos (art. 57) y en el estatuto del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas (art. 12).

En cuanto a la competencia en razón de la materia, cabe señalar que la Corte puede dar opiniones en relación con la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos [562].

La expresión "otros tratados" fue interpretada por la misma Corte en el sentido de que se refiere a "Toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados Americanos, con prescindencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano". "...La Corte podrá abstenerse de responder una consulta si aprecia que la petición excede los límites de su función" [563].

[561] GROS ESPIELL, Héctor, *Estudios...*, cit.

[562] Opinión Consultiva OC 1/1982, parágrafo 40.

[563] Además de la mencionada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido las siguientes Opiniones Consultivas: OC/2 82, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos"; OC 3/1983, "Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4)"; OC 4/1984, "Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización"; OC 5/1985, "La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29)"; OC 6/1996, "La expresión leyes en el art. 30"; OC 7/1986 "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (14.1, 1.1 y 2)"; OC 8/1987, "El hábeas corpus bajo suspensión de garantías"; OC 9/1987, "Garantías judiciales en estados de emergencia"; OC 10/1989, "Interpretación de la Declaración Americana de Derechos del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención Americana"; OC 11/1990, "Excepciones al agotamiento de los recursos internos"; OC 12/1991, "Compatibilidad de un proyecto de ley con el art. 8.2.h"; OC 13/1993, "Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos"; OC 14/1994, "Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana"; etc.

En el caso "Maqueda" resuelto el 17/1/1995, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, presidida en la ocasión por el Dr. Héctor Fix Zamudio, admitió el desistimiento de la acción deducida por la Comisión Americana de Derechos Humanos contra nuestro país; que tuvo como base un acuerdo firmado con la Comisión en Washington, que incluía un decreto de conmutación de pena que le permitía iniciar un régimen de libertad condicional al ciudadano argentino Guillermo Maqueda, miembro del Movimiento Todos por la Patria (MTP) condenado a diez años de prisión por la Cámara Federal de San Martín por aplicación de la ley 23.077 de Defensa de la Democracia, al considerarlo copartícipe del ataque a la unidad militar de La Tablada ocurrido el 22/1/1989.

Al someter el caso a la Corte mediante nota del 25/5/1994, a la que acompañó el informe 17/1994 (caso 11.086) del 9/2/1994, la Comisión Interamericana sostuvo que Guillermo Maqueda no tuvo posibilidad de interponer un recurso de revisión de la sentencia debido a que la ley 23.077 no contempla apelación ni recurso amplio ante ningún tribunal de alzada. Por lo tanto, la única alternativa que quedaba al acusado era recurrir ante la Corte Suprema utilizando la vía del recurso extraordinario, un recurso de tipo excepcional y sujeto a restricciones [564].

Es de destacar que para superar el déficit señalado, nuestro país instrumentó un sistema de casación en materia penal, que cumple con el requisito de la doble instancia en dicha materia (art. 8.2.h de la Convención Americana), en la medida en que la facultad de revisión sea amplia, conforme lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya citado caso "Giroldi", de trascendente importancia para el régimen constitucional de los tratados.

Un punto de particular interés es el que se refiere a la aplicación directa de las disposiciones de la Convención en el orden jurídico interno de cada uno de los Estados. El art. 2° de la Convención Americana señala al respecto

[564] ALBANESE, Susana, *Derechos humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas*, vol. II, Belgrano, Buenos Aires, 1997.

que los Estados Partes se comprometen a adoptar, internamente, todas las medidas legislativas u otras necesarias para hacer efectivos los derechos o libertades protegidos por ellas.

En ese sentido, destaca Rafael Nieto Navia que el denominado carácter *self executing* de la Convención significa que, en los Estados en que un tratado ratificado y en vigor adquiere el carácter de ley interna, como sucede en muchos Estados latinoamericanos, un juez podría aplicar directamente las disposiciones de la Convención, destacando asimismo que el artículo fue una propuesta chilena de acuerdo con la cual era necesario incluir una disposición que expresara la obligación de los Estados Partes de adoptar todas aquellas leyes internas necesarias para hacer efectivos los derechos que la Convención protege [565].

El carácter *self executing* depende, en definitiva, de la legislación interna de cada país; en tal sentido los Estados Unidos consideran a la Convención *non self* expuesto *ut supra executing*, circunstancia que reduce considerablemente su utilidad según se ha señalado [566]. En nuestro país, la operatividad de la Convención fue consagrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Ekmekdjian v. Sofovich", conforme ya fuera.

12. Los tratados de integración

La incorporación al texto de la Constitución Nacional del nuevo inc. 24 del art. 75, respondió a una directriz política señalada por el Congreso de la Nación al Constituyente en la ley declarativa de la necesidad de la reforma, al incluir entre los temas "habilitados" la sanción de tratados internacionales de integración que permitieran delegar competencias en organismos supranacionales (art. 3°, inc. 1°, ley 24.309). A tal efecto, el mandato del legislador al constituyente, formulado en la etapa preconstituyente, recogió una posición muy marcada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en cuanto a que el problema de la denominada "supranacionalidad" del derecho comunitario o derecho de la integración, debía encontrar solución por vía de una reforma constitucional y no de otras propuestas menos firmes, como las vías interpretativas o las llamadas "mutaciones constitucionales" que no alcanzan a garantizar la seguridad jurídica.

Esa posición se ve abonada por el antecedente de la Unión Europea, que es el proceso de integración de grado más avanzado que se conoce, y que

[565] NIETO NAVIA, Rafael, "Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Pontificia Universidad Javeriana, Programa de Estudios Políticos, 1988.

[566] BUERGENTHAL, Thomas, "The Inter-American System for the Protection of Human Rights", *Anuario Jurídico Interamericano*, OEA, Washington, 1981.

ha marchado al compás de adaptaciones y reformas constitucionales en los países miembros, que permitieron el desarrollo del marco institucional adecuado desde los Estados de Derecho hacia la Comunidad de Derecho. De allí también proviene el mayor desarrollo teórico sobre el denominado "derecho comunitario", entendido este último como el conjunto de competencias transferidas voluntariamente por los Estados Miembros a través de mecanismos previstos en sus constituciones. De tales aportaciones surge también la categoría de los "tratados de integración" como una categoría específica, con mayores requisitos desde el punto de vista constitucional que los tratados internacionales ordinarios.

En América latina, si bien los procesos de integración alcanzan menor desarrollo, también se manifestaron importantes posiciones hacia la necesidad de reformar las constituciones nacionales con miras a favorecer los procesos de integración; de manera que el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA) emitió, con fecha 6/3/1992, un dictamen referido al "Perfil jurídico institucional del fenómeno de la integración latinoamericana" donde se realizan recomendaciones después de estudiar enjundiosamente los textos constitucionales latinoamericanos y realizar importantes consideraciones de fondo sobre el derecho de la integración. La fecha del dictamen es muy relevante, toda vez que ya se había firmado el Tratado de Asunción y promediaba el "período de transición" del Mercosur. Entre las conclusiones del informe se lee [567]:

"6) ...para la preservación del perfil comunitario, se requiere que las constituciones nacionales estén adaptadas a las nuevas exigencias del derecho emergente *(in fieri)*, para lo cual es recomendable que los estados que deseen avanzar por este camino, incorporen a ellos, si fuere necesario, las correspondientes habilitaciones para la delegación externa de ciertas competencias que hasta hoy habrían estado reservadas a sus órganos, como así también la explicación de las nuevas relaciones de supremacía normativa y la admisión de una justicia común".

"En concreto, puede resultar necesario prever la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, así como su interpretación uniforme y la aplicación directa en el ámbito interno de las decisiones normativas o judiciales de los órganos del poder público del Estado".

"10) Que, en síntesis, a los efectos de asegurar el desenvolvimiento gradual de los procesos de integración y su consiguiente fortalecimiento, es aconsejable que aquellos Estados del continente que estén animados por el propósito de alcanzar las metas que ofrecen las nuevas realidades comuni-

[567] La autoría del proyecto —votado por unanimidad— corresponde al entonces presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, Dr. Jorge Reinaldo A. Vanossi.

tarias en el mundo contemporáneo, consideren la conveniencia de proceder, en la medida en que fuese necesario, a la reforma o enmienda de sus constituciones para adecuarlas a los cambios precedentemente señalados".

En el mismo sentido ya se habían pronunciado algunas importantes instituciones continentales, como la Inter-American Bar Association, que en el año 1969 dictó la resolución 16, en la que recomendaba la adaptación de las constituciones para permitir los procesos de integración regional. En ese mismo sentido, también se fueron expresando, cada vez más, las posiciones doctrinarias a favor de una reforma constitucional que "habilitara" la posibilidad de delegar competencias en organismos internacionales [568]. La jurisprudencia de nuestros tribunales también fue abriendo surcos, destacándose el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa "Fibraca v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" del año 1992, donde el Alto Tribunal se abstuvo de decidir en un pleito por honorarios de peritos, dando por válida la decisión adoptada por un organismo binacional.

Al tiempo de firmarse el Tratado de Asunción, la Argentina era el único de los cuatro Estados Parte que no contemplaba en su Constitución la posibilidad de un acuerdo de integración económica. La cuestión fue resuelta por el constituyente en el inc. 24 del art. 75, con una fórmula facilitadora de la integración al requerir la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara para aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos.

El sistema adoptado tiene diferencias cuando se trata de aprobar tratados de integración con otros Estados no latinoamericanos, en cuyo caso, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declara 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.

Decimos que la fórmula adoptada por la Constitución es "facilitadora" de la integración y demostrativa de la actitud favorable a la misma por parte de nuestro país, en tanto sólo se requiere mayoría absoluta (50% + 1) de la totalidad de los miembros de cada Cámara para la integración con Estados latinoamericanos y un sistema más complejo de doble votación, pero con iguales mayorías, para integrarse con otros Estados.

Si se compara nuestra situación con la de las constituciones europeas, se observará que en general, aquéllas imponen mayores barreras de exigencias para delegar competencias en materia de integración. Así, la Constitución holandesa exige los 2/3 de los votos emitidos (art. 91) para aceptar cesiones de competencias; la Constitución de Dinamarca exige los 5/6 del Foketing (art. 20.2) y la Constitución de Grecia los 3/5 de miembros del Parlamento, en tanto que la Constitución española impone un "umbral mínimo", que es la sanción de una ley orgánica (art. 93) [569]. De donde también resulta con evidencia, y como lo hemos señalado reiteradamente, que la clave en las relaciones entre el denominado "derecho comunitario" y el derecho constitucional, se encuentra en la delegación de competencias a órganos supranacionales [570].

[568] Merecen destacarse, muy especialmente, los trabajos realizados por el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) a través de sus numerosos seminarios y documentos de trabajo sobre el tema, y, especialmente, su Comité de Asuntos Latinoamericanos, coordinado por los Dres. Jorge Horacio Lavopa y Leonardo Hekimian.

Durante los debates de la Convención Nacional Reformadora de 1994, el Sr. convencional por la provincia de Santa Fe, Alberto Natale, propuso realizar tres modificaciones al proyecto de la mayoría que consistieron en lo siguiente, según sus propias palabras: "La primera de ellas se refiere a la forma de expresar el concepto. En lugar de decir: 'Aprobar tratados internacionales de integración que deleguen competencias a organizaciones supraestatales', nosotros proponemos la siguiente redacción: 'Aprobar tratados internacionales de integración en los que se atribuya el ejercicio de determinados poderes propios a las instituciones creadas por el tratado', y luego seguiría el texto en la forma redactada por la comisión.

"Nos parece que es más preciso hablar de atribución del ejercicio de determinados poderes propios —de los órganos estatales— a las instituciones creadas por el tratado que referirse a la delegación de atribuciones o de competencias a organismos supraestatales.

"La segunda proposición que hacemos es la de no hacer distingos entre Estados latinoamericanos y otros que no lo sean, y que se deje librado al criterio y a la apreciación de los órganos ordinarios del Estado —al Poder Legislativo y al Ejecutivo— las decisiones que adopte al respecto.

"Y la tercera proposición que vamos a hacer está acorde con lo que acabamos de decir y con las soluciones que en esta materia dan las constituciones que en Europa se modificaron para permitir la incorporación a la Comunidad Europea sin que hubiese afectación alguna de constitucionalidad a los tratados que así la determinaban. Se trata de la exigencia de que el voto en el Congreso sea dispuesto por una mayoría calificada de los dos tercios de los miembros de cada una de las cámaras.

[569] MANGAS MARTÍN, Araceli, *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Tecnos, Madrid.

[570] DALLA VIA, Alberto R., "El Mercosur, la integración, el derecho y la Constitución", ED del 17/12/1991 y del mismo autor "Solución de controversias", en obra colectiva GHERSI, Carlos (dir.), *El Mercosur. Perspectivas desde el derecho privado*, t. I, Universidad, Buenos Aires; y en el artículo "¿Hacia la Constitución supranacional?", LL, octubre de 1996.

"Esto le da una especial significación al tratado por el hecho trascendente de que están delegando competencias propias de los órganos del Estado a organismos supraestatales o de integración, que deben demandar una concurrencia superior a la que ordinariamente se exige para la sanción de las leyes. Por lo tanto, los dos tercios representan el requerimiento que previeron en su momento las constituciones holandesa y alemana para tomar decisiones de esta naturaleza.

"En consecuencia, dejo planteadas al cuerpo y a la comisión respectiva las tres propuestas de modificación que acabo de explicar" [571].

Ninguna de las tres propuestas fue tenida en cuenta por el plenario de la Convención ni por la Comisión respectiva. Sin embargo nos hemos referido a ellas por tratarse de temas importantes que deseamos puntualizar, comenzando por decir que en diferentes oportunidades y escritos anteriores habíamos considerado que la mayoría requerida para delegar competencias debería ser equivalente a la mayoría requerida para poner en marcha la reforma constitucional, conforme lo previsto en el art. 30, CN. Sin embargo, y no obstante que la reforma prefirió una fórmula más flexible, lo cierto es que hasta la fecha dicho mecanismo no ha sido puesto en práctica, aunque por razones que más bien se relacionan con la marcha del Mercosur en su faz institucional.

No coincidimos, en cambio, con la posición del convencional Natale en cuanto a que debería haberse cambiado la expresión "delegación de competencias y jurisdicción" por "atribución de ejercicio". Tal criterio es coincidente con la posición de algunos autores que prefieren hablar de "transferencia de competencias" y no de "delegación", presuponiendo que no existe una preeminencia del derecho constitucional de los Estados Parte por sobre el derecho comunitario, sino una igualdad jerárquica [572]. Y aún hay quienes consideran más conveniente no hablar ni de transferencia ni de delegación, sino lisa y llanamente de "atribución" porque de lo que se trataría es de la conformación de un orden jurídico distinto o nuevo una vez expresada la voluntad soberana de integrarse [573].

Por el contrario, nosotros pensamos que el término correcto es "delegación de competencias". La doctrina europea es coincidente en cuanto a que el derecho de la integración no presupone una relación jerárquica de primacía del derecho comunitario (originario y derivado) por sobre el derecho interno de cada uno de los Estados Partes; sino que, más bien, se trata de una decisión soberana y voluntaria de cada Estado de ceder por el mecanismo constitucional adecuado, aquellas competencias que forman parte de políticas comunes [574].

Bajo esa premisa, y desde esa perspectiva, cabe también considerar que cada Estado pueda denunciar el tratado y retirarse del proceso de integración, recuperando en su caso las competencias cedidas, aun cuando el problema aparezca complicado desde el punto de vista político, debe ser así razonado jurídicamente. En ese sentido también la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, como del Tribunal Federal alemán se han pronunciado con claridad sobre su competencia para controlar la constitucionalidad del proceso de integración, reservándose el rol de último control de supremacía. Entendemos que ése también es el papel que cabe a nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a lo dispuesto en los arts. 27 y 116, CN.

Respecto de la adopción del término "supraestatales" en lugar de "supranacionales", si bien la intención puede haber estado dirigida a causar un impacto menor, entendemos que no tiene ninguna relevancia jurídica desde el punto de vista práctico la distinción entre uno y otro.

Los planteos del convencional Natale fueron respondidos en la misma sesión referida por el presidente de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales, convencional Juan Pablo Cafiero, en los siguientes y concluyentes términos: "Señor presidente: En cuanto a la propuesta efectuada por el señor convencional Natale respecto del mecanismo que figura en la primera parte del inciso, sobre si conviene utilizar la palabra 'atribuciones' o 'competencias', desde el punto de vista de la comisión el párrafo está bien redactado. Por lo tanto, sostenemos la expresión 'que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales'. Entiendo que esto contempla la posición sustentada por el señor convencional Natale.

"Respecto de las observaciones que se han hecho en materia de mayorías calificadas, aclaro que el texto está bien redactado, porque está hecho con la intención de que para el caso de los tratados con Estados de Latinoamérica se requiera la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

"Para el caso de otros estados, se ha pensado en una doble instancia de aprobación legislativa: una *I* que es un acto declarativo, que se realiza con la mayoría con la que comúnmente sancionamos todo tipo de ley, que es la mayoría de los miembros con el quórum con el que esté sesionando la Cámara, que

[571] Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, 23 reunión, 3ª sesión ordinaria, p. 3086.

[572] En tal sentido véase LAVOPA, Jorge - HEKIMIAN, Leonardo, *Una propuesta institucional para el Mercosur*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), Buenos Aires.

[573] Una propuesta en tal sentido fue la formulada por el profesor Calogero Pizzolo durante el Encuentro de profesores de derecho constitucional llevado a cabo en la Universidad Nacional de Litoral, en septiembre de 1999.

[574] LAGRANGE, "Derecho comunitario"; REUTER, P., "Derecho comunitario", entre otros, citados por MANGAS MARTÍN, Araceli, *Derecho comunitario europeo...*, cit.

es el que establece la propia Constitución y que ratifican los reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado. Pasados ciento veinte días de ese acto declarativo, que es un acto legislativo simple, hay que realizar —esta vez en la segunda instancia— un acto complejo de aprobación del tratado. La intención es que en esos ciento veinte días se promueva un amplio debate en la sociedad, a fin de interiorizarla sobre los pormenores, las ventajas o desventajas del tratado que se está proponiendo, que ya cuenta con un acto declarativo, porque el Estado ya ha iniciado su compromiso luego de los ciento veinte días a través de un acto que requiere de una mayoría calificada.

"Por estas razones, sostenemos el dictamen tal cual ha sido leído".

Un tema que juzgamos altamente relevante es el compromiso con la democracia y el respeto por los derechos humanos exigidos por la Constitución para la firma de tratados de integración en condiciones de igualdad y de reciprocidad, conforme los principios del derecho internacional de los tratados. El respeto por la democracia y los derechos humanos no sólo representa un valor simbólico de gran importancia habida cuenta de nuestro pasado no muy lejano, sino también porque en términos prácticos se configura el llamado "anclaje democrático", ya contenido en el Tratado de Asunción, así como en los tratados que dieron origen a las Comunidades Europeas.

Tales cláusulas han sido puestas a prueba con resultado eficiente. En Europa ocurrió que países que sostenían regímenes autoritarios como en su momento lo fueron España, Portugal y Grecia no pudieron ingresar a las Comunidades hasta tanto no adoptaron sistemas democráticos de gobierno, poniendo en marcha exitosas transiciones, que además permitieron demostrar a sus pueblos las ventajas de la recuperación del Estado de Derecho en términos de mayor eficiencia económica y desarrollo relativo. Actualmente por razones similares continúa la discusión en el caso de Turquía.

En el cono sur de América latina, acontecimientos políticos ocurridos en Paraguay en 1998 pusieron a prueba el sistema de manera que la actitud de los Estados Partes del Mercosur fue relevante para el mantenimiento del sistema democrático. Frente a esta importante cuestión y teniendo en cuenta la tradición de autoritarismo que ha azotado largamente a nuestros países se plantea la validez de las cláusulas de anclaje democrático.

Por nuestra parte, interpretamos que la norma constitucional es clara, como así también lo es el Tratado de Asunción: si un Estado Parte perdiera su condición democrática debería perder, inmediatamente, su condición de miembro.

12.1. El derecho de la integración y el derecho comunitario "originario" y "derivado". El caso particular del Mercosur

La incorporación del art. 75, inc. 24 al texto constitucional es un hecho auspicioso para el desarrollo de un futuro proceso de integración jurídica, y tanto más lo es cuando la Constitución Nacional ha adoptado una norma facilitadora, cuyo alcance y espíritu resulta claro de los debates de la convención reformadora que hemos antes citado. Se trata de una norma de apertura para un proceso *in fieri* que además invita a otros países de la región a seguir posiciones similares; pero lo cierto es que el mecanismo constitucional previsto todavía no fue utilizado. No fue utilizado para la aprobación de ningún tratado de integración ni ningún protocolo adicional.

El Tratado de Asunción que dio nacimiento al Mercosur, firmado en 1990, es anterior a la reforma constitucional y el Protocolo de Ouro Preto, verdadera "novación" de aquel tratado, si bien se firmó a fines de 1994, no pasó tampoco por el mecanismo constitucional recién inaugurado, siendo que se trata de los instrumentos jurídicos más trascendentes firmados y aprobados por nuestro país en materia de integración económica.

Algunos autores en nuestro país sostienen la existencia de un "derecho comunitario derivado" en el ámbito del Mercosur, siguiendo para ello la terminología propia del proceso de integración europeo. Tal derecho derivado estaría integrado por las distintas resoluciones del Consejo del Mercado Común (CMC) y disposiciones del Grupo Mercado Común (GMC) y los distintos subgrupos de trabajos, así como por todo acto de naturaleza jurídica que emane de los órganos que componen la estructura institucional del Mercosur.

Aun cuando esas tendencias claramente direccionadas en favor de la integración jurídica encuentran fundamento en principios del derecho internacional público, como el principio *bona fides* y el principio *pacta sunt servanda* y también en normas de tratados, como el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; que entrarían en relación con las disposiciones del Protocolo de Ouro Preto que mandan a los Estados Parte a adoptar en su derecho interno las normas del Mercosur; creemos que el fundamento es endeble desde el derecho interno de cada uno de los Estados al no haberse dado cumplimiento a las correspondientes "habilitaciones constitucionales".

Empezando por nuestro país, aún se mantiene vigente el art. 27, CN y, además el art. 75, inc. 24 prevé un procedimiento especial que no fue utilizado; pero además de ello, la situación dista de ser uniforme en el derecho constitucional de los otros tres Estados Miembros:

La Constitución del Paraguay es la única entre la de los países miembros del Mercosur que se refiere expresamente a la admisión de un orden jurídico supranacional. Es también el país que dedica el mayor número de artículos a las

relaciones exteriores (arts. 137, 141, 145). El texto de la Constitución uruguaya, por su parte, aparece restrictivo frente a las constituciones argentina y paraguaya, al establecer el criterio de "exclusividad nacional" (art. 4º) para imponer leyes en territorio, y al definir la integración latinoamericana como un objetivo a "procurar" (art. 6º). La Constitución de la República Federativa del Brasil, por su parte, omite toda mención a las relaciones entre derecho internacional y derecho interno. Muchos autores ven en la disposición del art. 4º, parágrafo único, una amplia autorización para celebrar tratados de integración. Sin embargo, una lectura más atenta demuestra que existe un conflicto normativo entre esa amplia declaración y otras disposiciones constitucionales que preservan la soberanía nacional en distintos aspectos como la regulación de industrias de capital nacional brasileño [575].

De manera que en la realidad de los procesos de integración en el Cono Sur de América latina aparece patente una situación de "asimetrías" que no sólo se reflejan en el terreno macroeconómico sino también en sus constituciones, es decir, en la base institucional fundamental de todo proceso político de integración. Ésta es una de las diferencias principales entre nuestro proceso de integración, embrionario y el avanzado proceso de derecho comunitario europeo que requirió de sucesivas reformas en cada uno de los textos constitucionales para posibilitar un sentido de avance que se materializa en la última etapa iniciada con el Tratado de Maastritch de 1992 que dio inicio a la "Unión Europea".

En Europa, la formación de un verdadero "derecho comunitario", diferente del derecho de los Estados Parte, constituye una realidad que permite visualizar en distintas manifestaciones el tránsito desde los distintos "Estados de Derecho" hacia una única "Comunidad de Derecho" preservada por órganos comunitarios entre los que ha tenido especial relevancia el Tribunal de Luxemburgo. La legislación de los distintos países no sólo se ha armonizado sino que en algunos temas está unificada. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el dictamen 1/1991 indicó que los tratados comunitarios "pese a estar concluidos bajo la forma de tratados internacionales, constituyen sin embargo la carta constitucional de una Comunidad de Derecho" y ya con anterioridad, la sentencia del 23/4/1986 había señalado "...la Comunidad Económica Europea es una comunidad de derecho en tanto que ni sus Estados miembros ni sus instituciones escapan al control de la conformidad de sus actos a la carta constitucional de base que es el tratado" (asunto 294/83, Rec. 1986, p. 1939).

575 RIBEIRA BASTOS, Celso - GRANDA MARTINS, Ives, *Comentarios a Constituição do Brasil*, vol. I, Saraiva, São Paulo, 1988, p. 464; DALLARI, Pedro, *Constituição e Relações exteriores*, Saraiva, São Paulo, 1995, ps. 182/185; OLAVO BAPTISTA, Luiz, *O Mercosul em movimento*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995, ps. 54/74.

El Mercosur, en cambio, no es un proceso de derecho comunitario porque no existen mecanismos constitucionales de "delegación de competencias". Consideramos que puede hablarse de "derecho a la integración" pero solamente tiene relevancia jurídica el derecho "originario" de los tratados. No hay derecho "derivado" propiamente dicho porque se trata de un acuerdo intergubernamental. En efecto, no hay órganos comunes que tomen decisiones por mayorías sino que los órganos del Mercosur están integrados por representantes de los Estados Parte (generalmente de los Poderes Ejecutivos) que toman decisiones por la regla del consenso o de la unanimidad, de donde la falta de votación o apoyo de un solo Estado, impide la sanción de la misma [576].

Cuando el Protocolo de Ouro Preto modificó el Tratado de Asunción a fines de 1994, definió en su art. I cuál sería la estructura institucional del Mercosur al concluir el período de transición, y comenzar la etapa definitiva, el 1º de enero de 1995. Dichos órganos son: I. El Consejo del Mercado Común (CMC). II. El Grupo Mercado Común (GMC). III. La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM). IV. La Comisión Parlamentaria Conjunta. V. El Foro Consultivo Económico-Social (FCES). VI. La Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM). Algunos de estos órganos ya existían desde el tratado original (I y II), otros nacieron con la práctica (IV y VI) y los restantes fueron previstos en Ouro Preto. La novedad más importante ha sido la creación de la Comisión de Comercio (art. 16), a quien compete "velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Parte para el funcionamiento de la Unión Aduanera".

Debería sorprender que la estructura institucional no mencione al Tribunal Arbitral creado por el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias; toda vez que la conformación de una comunidad jurídica integrada requiere de la conformación y afianzamiento de un derecho comunitario. La primera respuesta a tan llamativa ausencia podría ensayarse desde la perspectiva que la entrada del Mercosur a una etapa definitiva no ha sido plena; sino que se habla de una unión aduanera "imperfecta" o "incompleta" según los casos. Toda vez que subsisten numerosas excepciones al arancel externo común, así como distintos regímenes de adecuación. Una segunda respuesta podría estar basada en el hecho de que el sistema del Protocolo de Brasilia resulta inadecuado a esta altura de la evolución del Mercosur.

576 Para el profesor Mario A. R. Midon, de la Universidad del Nordeste, corresponde realizar una distinción conceptual entre el derecho de la integración y el derecho comunitario, de manera que el derecho de la integración se manifestaría en dos magnitudes, una más imperfecta y otra más madura; una más tenue y otra más profunda; una más difusa y otra más específica; una en vías de elaboración y otra mucho más acabada y plena; llamando al primero derecho de la integración primario o inferior (ej.: Mercosur) y al restante derecho de la integración superior o comunitario (Unión Europea). Véase MIDON, Mario A. R., *Derecho de la integración. Aspectos institucionales del Mercosur*, Rubinzal-Culzoni, 1998. En sentido similar se han pronunciado otros especialistas como Stella Maris Biocca y Susana Czar de Zalduendo.

El primer laudo arbitral por parte del Tribunal *ad hoc* en el ámbito del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias del Mercosur, que reglamenta el anexo III del Tratado de Asunción, tuvo lugar el 28/4/1999. Más allá de los alcances y del contenido de una decisión en un litigio concreto, aun cuando la misma haya sido favorable a la Argentina y cuando el laudo sancione un accionar que Brasil ha mostrado con cierta reiteración en el comercio recíproco, como es el de la modificación unilateral de los acuerdos oportunamente alcanzados; nos interesa destacar de manera especial aquellos aspectos del pronunciamiento arbitral que puedan confirmar una doctrina jurídica sobre los alcances del Mercosur y de sus instrumentos jurídicos en la conformación de un futuro derecho comunitario.

Dijo el Tribunal que su tarea no consistía en decidir acerca de la aplicación de alguna o algunas disposiciones específicas o aisladas, sino en situar y resolver la controversia planteada bajo la perspectiva del "conjunto normativo del Mercosur" (art. 41, Protocolo de Ouro Preto), de manera que determinar la existencia o no de incumplimiento implica realizar una amplia labor interpretativa para identificar los derechos y obligaciones emergentes de un conjunto normativo de formación sucesiva, por acumulación de disposiciones tomadas en el curso de un complejo proceso de decisiones políticas y jurídicas, insertas en una realidad económica cambiante" [577].

"Se trata —dice el propio Tribunal Arbitral en el consid. 50— de lo que Panayotis Soldatos llama un *continuum integratiff* en el cual los diversos elementos cobran significado en una visión de conjunto, de una realidad ordenada en función de un proceso de integración" [578]. De donde se observa que el Tribunal Arbitral no ha dudado en recurrir a las fuentes de derecho comunitario europeo para aplicar fuentes de derecho de la integración comparadas. La aplicación de principios generales del derecho internacional, conforme también lo admite el Protocolo de Brasilia de Solución de Controversias, también ha sido considerada en el laudo en un capítulo que abarca los consids. 56 a 63 y donde se comienza afirmando el principio de cumplimiento de los tratados (*pacta sunt servanda*), como "norma fundamental" originaria del derecho romano y el principio de buena fe, ambos ratificados por abundante y pacífica jurisprudencia de tribunales internacionales [579].

En tal sentido, y por aplicación de tales principios, considera el Tribunal Arbitral en el consid. 62 que en el contexto de los procesos de integración de las respectivas normativas que los rige, son incompatibles las medi-

577 Laudo Arbitral, consids. 49 y 50.

578 *Le Systeme Institutionelle et Politique des Communautées Européenes dans un Monde en Mutation*, Bruylant, Bruxelles, 1989, ps. 115/117.

579 DE LA GUARDIA, Ernesto - DELPECH, Marcelo, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena*, La Ley, Buenos Aires, 1970, ps. 275/279, citado expresamente por el Tribunal Arbitral.

das unilaterales de los Estados Partes en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales, agregando que es con ese marco conceptual interpretativo que el Tribunal aborda su tarea. Cabe en consecuencia concluir, que la importancia de este primer laudo radica en que, más allá de su resultado favorable a nuestro país, configura un extenso cuerpo de doctrina que merece una lectura detenida en su totalidad. Se desprende un interés de los árbitros que ha trascendido la solución concreta del caso para elaborar una primera aproximación interpretativa desde el derecho del Mercosur.

En su primer laudo, el Tribunal Arbitral creado por el Protocolo de Brasilia se ha pronunciado a favor de la conformación de un sistema jurídico que fundamenta una Comunidad de Derecho, proceso que no es estático ni se encuentra definido *a priori*, sino que, por el contrario, se va desarrollando *(in fieri)*. El tránsito desde el "Estado de Derecho" clásico hacia una "Comunidad de Derecho" ha sido materia de definición por el Tribunal de la Unión Europea con sede en Luxemburgo que se ha referido a las normas del derecho regional como "carta constitucional de base". Tal consideración es coincidente con el valor y el objetivo que el Mercosur representa como opción estratégica.

En opinión de Sola, el Mercosur es una comunidad o sistema de derecho, no solamente del derecho internacional sino también del derecho interno de cada país. Dice el autor citado: "Es una comunidad de derecho porque tiene un conjunto de normas constitutivas, que establece órganos con capacidad de creación de derecho y un arbitraje obligatorio para la solución de controversias. Es decir las normas del Mercosur son, no sólo normas internas para la Argentina, y por lo tanto son parte del derecho interno dentro de sus condiciones de validez" [580]. Sostiene, en tal sentido, que el fundamento de la operatividad se encuentra en su naturaleza misma; pudiendo utilizarse en tal sentido los argumentos mencionados por John Marshall para la supremacía de la Constitución.

Nuestra visión es más moderada. Sin perjuicio de compartir en nuestro ánimo el anhelo integrador, no vemos tan claro el fundamento de la operatividad que, si bien surge de manera directa por imperio del art. 27 de la Convención de Viena y de los compromisos asumidos por la Nación en el ámbito internacional, creemos que esa operatividad es indirecta porque no deriva de una fuente propia comunitaria como es, verbigracia, la Comisión Europea, que no constituye un órgano intergubernamental como son los del Mercosur, sino una institución de carácter comunitario por habilitación constitucional de los Estados Miembros. Queda pendiente la habilita-

580 SOLA, Juan Vicente, "Un enfoque comparativo entre las normas jurídicas de la Unión Europea y del Mercosur", *Noticia do direito brasileiro*, nro. 5, 1° Semestre 1998, Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

ción constitucional (art. 75, inc. 24, CN) que es donde se asienta la decisión soberana.

Tal prevención no impide, sin embargo, a nuestro juicio, admitir un proceso de formación o de tránsito hacia una Comunidad de Derecho. El asiento normativo de tal construcción se encuentra actualmente en los arts. 38 a 42 del Protocolo de Ouro Preto. El art. 41 establece que son fuentes jurídicas del Mercosur el Tratado de Asunción, sus protocolos e instrumentos adicionales y complementarios; así como los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; y las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

El art. 42 del mismo Protocolo establece que las normas emanadas de los órganos del Mercosur tendrán carácter obligatorio y *"cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país"*; de donde surge con claridad que el pretendido "derecho derivado del Mercosur" no es directamente operativo (*self executing*) sino que depende de la habilitación legislativa de cada Estado al tratarse de un sistema de carácter intergubernamental. Tal criterio se ve confirmado con el texto del art. 38 en cuanto establece que, *"Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2° de este Protocolo"*. Los arts. 39 y 40 se refieren al importante tema de la publicación y al procedimiento de internalización de normas [581].

[581] Art. 39.— "Serán publicados en el Boletín Oficial del Mercosur, íntegramente, en los idiomas español y portugués al tenor de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común y de los Laudos Arbitrales de solución de controversias, así como cualquier acto al cual el Consejo del Mercado Común o el Grupo Mercado Común entiendan necesario atribuirle publicidad oficial".

Art. 40.— "Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2° de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento:

"I. Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur.

"II. Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte.

"III. Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas, por intermedio de sus respectivos diarios oficiales".

13. Los poderes inherentes del Congreso

Especialmente nos interesa tratar el inc. 32 en su actual numeración (ex art. 67, inc. 27) que trata de los derechos implícitos o inherentes del Congreso de la Nación y que la Constitución enuncia en los siguientes términos: *"Corresponde al Congreso... 32) Hacer todas las leyes o 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"*. De donde se deduce que aun cuando es un principio liminar del derecho constitucional el que las personas tienen todos lo derechos que no les son expresamente prohibidos (conf. art. 19, CN) mientras que los poderes del Estado sólo tienen las facultades concedidas expresamente por la norma (art. 121, CN, conc. arts. 75, 99, 100, 116 y 117, CN); parecería admitirse que a pesar de la fuerza de ese principio general, existen casos en que cabe reconocer a los poderes del gobierno la existencia de ciertos poderes "implícitos". En tal sentido, en los Estados Unidos ha afirmado Story que "es imposible encerrar a un gobierno en los poderes expresos, que es necesario admitir ciertos poderes implícitos" [582].

A los efectos de una mejor comprensión de este problema, es menester transcribir el art. 121, CN y compararlo con la enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos. El art. 121, CN dice expresamente: *"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"*. El texto no fue reformado en 1994 y corresponde en su numeración al anterior art. 104, que a su vez era el art. 101, Constitución de 1853. Su antecedente se encuentra en el art. 2° del proyecto de Constitución de la Asamblea de 1813 que siguió una traducción literal de la cláusula II de los artículos de la Confederación de los Estados Unidos de 1777 y que rezaba de la siguiente manera: *"Cada provincia retiene su soberanía, libertad e independencia, y todo poder, jurisdicción y derecho que no es delegado expresamente por esta Confederación a las Provincias Unidas juntas en Congreso"*. Puede observarse el reemplazo del término "retener" por el de "conservar" y la supresión de la voz "expresamente" después de la palabra "delegar". Lo mismo sucedió con la supresión del vocablo "expresamente" que contenía el art. 90 del proyecto de Alberdi, y que establecía: "Las provincias conservan todo el poder que no delegan expresamente a la Confederación" [583].

[582] STORY, Joseph, *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos*, Imp. La Universidad, Buenos Aires, 1888.

[583] AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y poder. Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, con prólogo de Juan Francisco Linares, TEA, Buenos Aires.

La enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos establece expresamente: *"Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los Estados, están reservados a los Estados respectivamente, o al Pueblo"*. La Suprema Corte estadounidense tuvo oportunidad de interpretar su alcance en el célebre caso "McCulloch v. Maryland" (1819) por el voto del *Chief of Justice Marshall*, donde se resolvió en favor de la existencia de derechos implícitos en cabeza del Congreso. La norma debe relacionarse estrechamente con el artículo I, secc. VIII, cláusula 18 de la Constitución norteamericana, conocida como *sweeping clause* que algunos autores de nuestra doctrina tradujeron como "cláusula elástica" pero que el Dr. Jorge Reinaldo Vanossi dio en llamar "cláusula escoba" en tanto la misma "barría" con las facultades de los otros poderes [584].

Por su parte, González Calderón ha comparado el actual art. 75, inc. 32, CN (ex 67, inc. 28) con la última sección del artículo primero de la Constitución norteamericana, sosteniendo que aquél tiene una amplitud mayor a nuestra disposición constitucional. Una primera diferencia se observa en que el texto estadounidense autoriza utilizar todas las atribuciones "necesarias y convenientes", en tanto nuestro texto sólo se refiere a las atribuciones "necesarias". Esa diferencia que podría interpretarse de relativo valor en la opinión de algunos autores como el propio Joaquín V. González, se hace en cambio más notoria en la segunda parte de ambos textos toda vez que nuestra Constitución se refiere a los poderes concedidos al gobierno de la Nación Argentina, mientras la Constitución norteamericana hace lo propio al gobierno de los Estados Unidos y también los concedidos a los departamentos o funcionarios [585].

En su interesantísimo y erudito trabajo sobre la teoría de los poderes implícitos y los poderes inherentes, el académico Dr. Jorge A. Aja Espil profundiza en las distinciones terminológicas que distintas doctrinas han formado tras la idea de "implicitud" y de "inherencia" y se previene, con razón, de aquellas tendencias interpretativas que amparadas en cláusulas constitucionales de relativa laxitud, favorecen el indeseado apartamiento del sentido de la norma constitucional [586].

[584] VANOSSI, Jorge R. A., *Régimen constitucional de los tratados*, De Coloquio, Buenos Aires, 1969.

[585] GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires; GONZÁLEZ, Joaquín V., *Obras completas*, Buenos Aires.

[586] AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y poder...*, cit.

CAPÍTULO XV

DE LA FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LAS LEYES

1. El *law-making process*

En el proceso histórico de formación del constitucionalismo, ha sido principalísimo el tema vinculado con la legitimidad para hacer la ley. En rigor, el *quid* del proceso constituyente y del debate posterior en los Estados Unidos ha sido el procedimiento legislativo *(law-making process)*; en otros términos, ¿cuál es el procedimiento de sanción de las leyes que la Constitución legitima? Puesto el acento en esa cuestión sustancial, el cambio del *law-making process* impone —en definitiva— el cambio de la Constitución. En la autorizada opinión de Pizzorusso, el *law-making process* implica un complejo sistema de decisión jurídico y político [587].

Como lo han demostrado importantes autores, en la Constitución originaria prevaleció la voluntad de los Estados en todo acuerdo convencional para aplicar normas de alcance general. Tal es el criterio que prevaleció en la Convención de Filadelfia en derredor del artículo V, referido a la reforma de la Constitución. La representación de los Estados de manera igualitaria se resguardó en el Senado como en el sistema del colegio electoral para elegir al presidente.

Con el correr de los años, el principio de la soberanía del pueblo avanzó en detrimento del procedimiento convencional entre los Estados para la toma de decisiones generales. Esa tendencia se afirmó con las enmiendas posteriores a la guerra de secesión y —aún más— con la política del *New Deal* en los años '30, que implicaron importantes reformas en las prácticas constitucionales, afirmando el liderazgo presidencial [588].

La afirmación de un criterio sustentado en la soberanía del pueblo como fundamento del Estado de Derecho constitucional, ha avanzado con tal énfasis que autores como Robert Dahl cuestiona el carácter democrático

[587] PIZZORUSSO, Alesandro, *Lawin the making. A comparative survey*, European Science Foundation, Research on the legislative process, Springle-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokio, 1998.

[588] ACKERMAN, Bruce, "We the people", *Yale University Press*, vol. 2.

La enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos establece expresamente: *"Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los Estados, están reservados a los Estados respectivamente, o al Pueblo"*. La Suprema Corte estadounidense tuvo oportunidad de interpretar su alcance en el célebre caso "McCulloch v. Maryland" (1819) por el voto del *Chief of Justice Marshall*, donde se resolvió en favor de la existencia de derechos implícitos en cabeza del Congreso. La norma debe relacionarse estrechamente con el artículo I, secc. VIII, cláusula 18 de la Constitución norteamericana, conocida como *sweeping clause* que algunos autores de nuestra doctrina tradujeron como "cláusula elástica" pero que el Dr. Jorge Reinaldo Vanossi dio en llamar "cláusula escoba" en tanto la misma "barría" con las facultades de los otros poderes [584].

Por su parte, González Calderón ha comparado el actual art. 75, inc. 32, CN (ex 67, inc. 28) con la última sección del artículo primero de la Constitución norteamericana, sosteniendo que aquél tiene una amplitud mayor a nuestra disposición constitucional. Una primera diferencia se observa en que el texto estadounidense autoriza utilizar todas las atribuciones "necesarias y convenientes", en tanto nuestro texto sólo se refiere a las atribuciones "necesarias". Esa diferencia que podría interpretarse de relativo valor en la opinión de algunos autores como el propio Joaquín V. González, se hace en cambio más notoria en la segunda parte de ambos textos toda vez que nuestra Constitución se refiere a los poderes concedidos al gobierno de la Nación Argentina, mientras la Constitución norteamericana hace lo propio al gobierno de los Estados Unidos y también los concedidos a los departamentos o funcionarios [585].

En su interesantísimo y erudito trabajo sobre la teoría de los poderes implícitos y los poderes inherentes, el académico Dr. Jorge A. Aja Espil profundiza en las distinciones terminológicas que distintas doctrinas han formado tras la idea de "implicitud" y de "inherencia" y se previene, con razón, de aquellas tendencias interpretativas que amparadas en cláusulas constitucionales de relativa laxitud, favorecen el indeseado apartamiento del sentido de la norma constitucional [586].

[584] VANOSSI, Jorge R. A., *Régimen constitucional de los tratados*, De Coloquio, Buenos Aires, 1969.

[585] GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires; GONZÁLEZ, Joaquín V., *Obras completas*, Buenos Aires.

[586] AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y poder...*, cit.

CAPÍTULO XV

DE LA FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LAS LEYES

1. El *law-making process*

En el proceso histórico de formación del constitucionalismo, ha sido principalísimo el tema vinculado con la legitimidad para hacer la ley. En rigor, el *quid* del proceso constituyente y del debate posterior en los Estados Unidos ha sido el procedimiento legislativo *(law-making process)*; en otros términos, ¿cuál es el procedimiento de sanción de las leyes que la Constitución legitima? Puesto el acento en esa cuestión sustancial, el cambio del *law-making process* impone —en definitiva— el cambio de la Constitución. En la autorizada opinión de Pizzorusso, el *law-making process* implica un complejo sistema de decisión jurídico y político [587].

Como lo han demostrado importantes autores, en la Constitución originaria prevaleció la voluntad de los Estados en todo acuerdo convencional para aplicar normas de alcance general. Tal es el criterio que prevaleció en la Convención de Filadelfia en derredor del artículo V, referido a la reforma de la Constitución. La representación de los Estados de manera igualitaria se resguardó en el Senado como en el sistema del colegio electoral para elegir al presidente.

Con el correr de los años, el principio de la soberanía del pueblo avanzó en detrimento del procedimiento convencional entre los Estados para la toma de decisiones generales. Esa tendencia se afirmó con las enmiendas posteriores a la guerra de secesión y —aún más— con la política del *New Deal* en los años '30, que implicaron importantes reformas en las prácticas constitucionales, afirmando el liderazgo presidencial [588].

La afirmación de un criterio sustentado en la soberanía del pueblo como fundamento del Estado de Derecho constitucional, ha avanzado con tal énfasis que autores como Robert Dahl cuestiona el carácter democrático

[587] PIZZORUSSO, Alesandro, *Lawin the making. A comparative survey*, European Science Foundation, Research on the legislative process, Springle-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokio, 1998.

[588] ACKERMAN, Bruce, "We the people", *Yale University Press*, vol. 2.

de la Constitución estadounidense por contener resabios *"madisonianos"* de protección de minorías que benefician a los estados más pequeños y menos poblados; oponiendo esto al ejemplo de las democracias europeas fundadas en sistemas parlamentarios de amplio debate [589].

Las connotaciones del debate norteamericano son trasladables también a nuestro caso por haber adoptado nuestra Constitución histórica aquel modelo constitucional presidencialista y federalista, aunque potenciado en nuestro caso por la pérdida de valor relativo del federalismo frente al predominio de los grandes partidos nacionales representados en el Congreso, circunstancia a la que debe sumarse el liderazgo presidencial.

En cuanto al tema específico que nos ocupa, en la reforma de 1994 estuvo ausente un debate general que atendiera específicamente al problema del *law-making process*. En rigor, la reforma de 1994 no tuvo debate en general porque las primeras semanas se ocuparon en la discusión sobre el reglamento y el alcance del llamado "núcleo de coincidencias básicas". Entre los argumentos que se sostuvieron en esa oportunidad se dijo que el referido "núcleo" conformaba un "sistema", justificando así la votación en conjunto de un "paquete" de normas que eran inescindibles, conforme lo había establecido el art. 2° de la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma.

Entre las observaciones a realizar en un balance a diez años vista se encuentra que en ese "sistema" o "paquete" se trataron temas de distinta naturaleza jurídica y, si bien había conexiones, en general éstas tenían naturaleza política que eran resultado de los acuerdos celebrados para llevar adelante la reforma, a partir del "Pacto de Olivos" que permitió alcanzar la exigente barrera del art. 30 de la Constitución en ambas Cámaras.

Pero en rigor, tanto la incorporación —aún incompleta— de los reglamentos de necesidad y urgencia, como de la delegación legislativa y de la promulgación parcial de las leyes, se originaron en la pretensión de regularizar una práctica que para la mayoría de la doctrina constitucional conformaban verdaderos desvíos o incumplimientos de la constitución formal. Desde esa perspectiva hemos señalado en su oportunidad que en algunos temas la reforma realizó verdaderos "blanqueos" que implicaron una práctica de sociologismo constitucional [590].

[589] DAHL, Robert, *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, México.

[590] DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Nación argentina...*, cit., p. 5.

2. La función legislativa en los sistemas presidencialista y parlamentario

Las diferencias en los mecanismos para hacer las leyes en ambos sistemas se encuentran estrechamente vinculadas a las diferencias que existen en materia de relaciones entre los poderes legislativo y ejecutivo: De ese modo, ya Karl Loewenstein puso oportunamente el acento en la mayor flexibilidad o relaciones de "coordinación" que existen entre los poderes en un sistema parlamentario por oposición a la división más rígida que existe en la tríada presidencialista [591]. En efecto, en el parlamentarismo, el gobierno está dentro del parlamento, de manera que éste puede muy fácilmente delegar funciones legislativas en aquél, como si se tratara de una comisión. La ruptura o separación de esa coordinación funcional sólo se da cuando se plantee una moción de censura.

En cambio en el presidencialismo los poderes se encuentran separados y la función de legislar es propia del Poder Legislativo. En el modelo estadounidense no existe la delegación de poderes del ejecutivo al legislativo, excepto cuando tal delegación responde a un *standard inteligible*, a un propósito concreto y con límites precisos, en cuyo caso se trata más bien de legislación subordinada que de legislación delegada. La Constitución estadounidense no le concede facultades reglamentarias al Poder Ejecutivo. El antecedente de nuestro art. 99, inc. 2° en cuanto a los llamados reglamentos "de ejecución" es en realidad la Constitución de Cádiz de 1812 que concedía al monarca la potestad de poner en ejecución las leyes, cuidando de no alterar su espíritu con disposiciones reglamentarias.

En general puede afirmarse que las democracias constitucionales de Europa occidental que han adoptado sistemas parlamentarios y semiparlamentarios han ido paulatinamente abandonando la exclusividad legislativa de los parlamentos para ir delegando funciones legislativas en los poderes ejecutivos.

La Constitución española de 1978, que ha tenido mucha influencia en nuestra reforma constitucional y en los países latinoamericanos en general califica a los decretos leyes como disposiciones legislativas provisionales y exige que exista un caso de extraordinaria y urgente necesidad; sólo tienen eficacia durante treinta días hábiles, dentro de los cuales deben ser ratificados por el Congreso de los Diputados. Se trata de un plazo de caducidad, por lo cual si no se convalida pierde sus efectos con retroactividad al momento de la publicación [592].

[591] LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría...*, cit.

[592] RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Tecnos, Madrid. 1996, citado por PALAZZO, Eugenio, *Las fuentes del derecho constitucional, en el cambio de milenio, en la República Argentina, presidencialista y federal* (tesis doctoral), Universidad Católica Argentina.

Por su parte, las Cortes generales pueden delegar en el gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas (leyes de bases).

La Constitución italiana de 1947 admite la delegación legislativa así como la emisión de reglamentos generales por parte del gobierno por razones *de necesidad y urgencia*, siempre que los mismos sean convertidos en ley dentro de los sesenta días a partir de su publicación, en cuyo defecto perderán toda su eficacia.

La Constitución francesa de la IV República (1946) disponía en su art. 13 que sólo la Asamblea Nacional podía votar la ley y que no podía delegar ese derecho. A pesar de ello comenzó a desarrollarse la expansión del poder reglamentario y el procedimiento de las "leyes-marco"; en realidad ya a partir de la Primera Guerra Mundial comenzaron a proliferar los llamados decretos-leyes. La tarea legislativa se fue tornando tan compleja y técnica que al sancionarse en 1958 la Constitución de la V República, se invirtió la regla y pasó el Poder Ejecutivo a tener al carácter de legislador en todas las materias que la Constitución no considera de dominio legal del Poder Legislativo y que son la organización de la vida privada y las relaciones entre ciudadanos y el gobierno.

También en Alemania existe una zona de reserva legal referida a prohibir intromisiones en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Asimismo, el *Bundestag* puede habilitar al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos a través de una ley que determine la materia como los límites correspondientes.

3. La formación y sanción de las leyes en la Constitución de la Nación argentina

Éste es un tema de especial importancia dentro del texto constitucional toda vez que trata de la formación de la voluntad colectiva para dar nacimiento al acto de gobierno por naturaleza en un sistema político democrático: la ley como manifestación y expresión de la "voluntad general"; en tal sentido, para la configuración de esa voluntad hacen falta presupuestos sustanciales y formales. De allí que el proceso de formación y sanción de las leyes sea en verdad un proceso constitucional, no contenido en normas adjetivas, sino dentro del propio texto constitucional y que se complementa con las prácticas propias del derecho parlamentario.

Sin embargo debe señalarse que en la práctica constitucional argentina es éste un tema que, a la par de su importancia, presenta también llamativos déficits en cuanto a los límites de las competencias del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo para sancionar actos de contenido legislativo. La cuestión estaba más clara en el sistema presidencialista establecido en 1853 donde si bien el Poder Ejecutivo actuaba como colegislador, la función legislativa propiamente dicha pertenecía con exclusividad al Congreso.

Es en los sistemas parlamentarios y semiparlamentarios donde las relaciones entre el Parlamento y el gobierno se hacen más flexibles, y por lo tanto al ser de coordinación entre ellas, son también de una más estrecha cooperación funcional. La reforma constitucional de 1994 al buscar una mayor aproximación con aquellos modelos de raíz europea, generó también problemas aún no resueltos en materia de límites de competencia legislativa entre Parlamento y gobierno.

Con la habilitación otorgada al Poder Ejecutivo —en situaciones excepcionales o de emergencia— para dictar reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3°), para actuar mediante delegación legislativa (art. 76) y aun para el trámite de promulgación parcial de leyes (art. 80), se ha generado una zona de penumbra que encima muchas veces la competencia de los distintos poderes del Estado. En efecto, la condición *sine qua non* que el constituyente reformador impuso, más allá de la existencia de una *real* situación de emergencia, fue que se cumplieran ciertos pasos procedimentales que hasta la fecha no fueron cumplidos (v.gr., intervención de comisiones bicamerales permanentes para ambas categorías de decretos así como trámites especiales de aprobación parlamentaria).

En nuestra opinión es éste uno de los temas institucionales más importantes al que debe darse respuesta, ya sea dando cumplimiento a los pasos institucionales marcados, o bien considerando la oportunidad de una reforma constitucional futura. Está en juego el acto de gobierno fundamental: la ley, el respeto a la misma, con todas las consecuencias sobre seguridad jurídica que de ésta derivan.

La regla general es que los proyectos pueden tener principio en cualquiera de las dos Cámaras, aunque se trata de una regla que reconoce varias excepciones, de manera que la Cámara de Diputados tiene la iniciativa exclusiva a) en materia impositiva y de reclutamiento de tropas (art. 52, CN) así como b) en los proyectos de ley por iniciativa popular (art. 39, CN) y c) en los *referenda* (art. 40, CN); en tanto que al Senado corresponde la iniciativa exclusiva a) en leyes sobre coparticipación federal de impuestos (art. 75, inc. 2°) y b) en las leyes sobre desarrollo humano (art. 75, inc. 19).

Los proyectos de ley pueden ser presentados por uno o varios integrantes de cada Cámara, que en el caso de la Cámara de Diputados pueden ser hasta 15 (conf. art. 101 del reglamento de la Cámara). El Poder Ejecutivo también tiene iniciativa legislativa, siendo en los hechos quien da impulso a la mayor cantidad de proyectos que se transforman en leyes. La Cámara que inicia y aprueba un proyecto en primer término es la cámara iniciadora o "cámara de origen", en tanto que la que actúa en segundo lugar se llama "cámara revisora".

La segunda parte del art. 77, CN establece una mayoría agravada para la modificación del régimen electoral y de partidos políticos, conformando una zona de reserva del legislador que se complementa con el art. 99, inc. 3° cuando prohíbe la práctica del Poder Ejecutivo de dictar reglamentos de necesidad y urgencia en esas materias, por tratarse de decisiones políticas que requieren de un amplio debate al fundamentar las reglas de juego básicas del sistema democrático. También es razonable que tales decisiones respondan a una mayoría agravada y no a mayorías ocasionales.

El caso más simple de aprobación de un proyecto de ley se produce cuando la cámara revisora aprueba sin modificaciones el proyecto de la cámara de origen; en tal caso, el proyecto sancionado pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación: siendo la ley un acto complejo, el Ejecutivo actúa como colegislador.

Después de aprobar un proyecto de ley en general, cada Cámara puede delegar en sus comisiones su aprobación en particular. Se trata de una práctica que tiene antecedentes en el derecho comparado europeo, donde los parlamentos tienen una actividad muy dinámica. La reforma constitucional de 1994 tomó ese antecedente ya considerado en la reforma transitoria de 1972, aunque limitando la delegación al tratamiento en particular; en la búsqueda de alcanzar agilidad en la tarea legislativa y atendiendo a que es por lo general en las comisiones donde se realiza la tarea técnica de elaboración de las leyes.

La reforma constitucional de 1994 ha establecido límites a la práctica del "veto parcial", muy utilizada en los últimos tiempos, señalando que la regla es el veto total, es decir que una ley vetada por el presidente de la Nación cae en su totalidad —quedando a salvo la instancia del Congreso—, y admitiendo únicamente el veto parcial cuando la parte no vetada tenga "autonomía normativa"; es decir cuando conserve una unidad sistemática a pesar de la parte observada. Asimismo, la reforma constitucional ha pormenorizado en el art. 81 el procedimiento parlamentario de sanción de las leyes, previendo puntualmente los casos de correcciones y rechazos a los mismos.

El art. 82, CN complementa el caso anteriormente mencionado al señalar que la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, quedando excluida la posibilidad de una sanción tácita o ficta. Para aprobar una ley, el Congreso debe expresar su voluntad sancionándola. El tema tiene especial importancia en cuanto a la facultad excepcional que tiene el Poder Ejecutivo para dictar reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3°, CN). La jurisprudencia de la Corte Suprema, en el fallo "Peralta, Luis v. Estado nacional - Ministerio de Economía s/amparo", había establecido que los decretos se convertían en ley si el Congreso no se pronunciaba. Del art. 82 se desprende la necesidad de una expresión concreta de voluntad.

La reforma de 1994 modificó la redacción que tenía el anterior art. 71, suprimiendo la segunda insistencia de la cámara revisora en el trámite de los proyectos de ley, que permitía llegar hasta cinco votaciones en ambas cámaras. En la actualidad, si hubiere discrepancias entre la cámara iniciadora y la cámara revisora respecto de un proyecto de ley, el máximo de votaciones posibles entre ambas puede llegar hasta tres, y ya en la primera revisión se podrá saber cuál es el criterio que prevalecerá según las respectivas mayorías con que se haya votado en cada cámara del Congreso.

Antes de la reforma, los arts. 71 y 72 establecían un mecanismo de insistencias para el caso en que la cámara revisora discrepara con la sanción de la cámara iniciadora, que era mucho más complicado que el actual, toda vez que se encontraba prevista una segunda lectura de ambas cámaras. De todos modos, se mantiene el principio general conforme al cual, a igualdad de mayorías, prevalece la cámara de origen.

La Constitución no contempla un procedimiento específico para la derogación de las leyes por el Congreso, pero la simple aplicación de los principios generales del derecho, entre los que se encuentra el denominado principio del "paralelismo de las formas y de los actos jurídicos" indica que el mismo órgano que tiene competencia para establecer una norma tiene también la facultad de derogarla, ya sea de manera expresa, es decir dictando una norma específica para derogar una ley determinada, o bien por aplicación de determinados principios clásicos como ley anterior deroga ley posterior, o ley especial deroga ley general, etc.

En los últimos tiempos se ha planteado la novedosa cuestión acerca de la posibilidad "anular" normas sancionadas por el Congreso. Tal es lo ocurrido con la sanción de una norma por parte del Congreso declarando nulas las llamadas leyes "de obediencia debida" y "de punto final". Se ha discutido sobre la facultad del Congreso en ese sentido o si —en realidad— tal "declaración" de nulidad representaría, en realidad, una declaración política acerca de la que oportunamente debería opinar la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver sobre una *causa* concreta.

Los actos del derecho público tienen particularidades que los diferencian de los actos jurídicos en el campo del derecho privado y, entre ellos, se encuentra el que las competencias de los órganos del poder público deban ser siempre expresas (conf. art. 19, conc. 121, CN). Pero aun si hiciéramos una aplicación general de los principios generales del derecho que provienen del derecho civil, tenemos que para declarar la nulidad de un acto jurídico el mismo debe adolecer de un vicio del consentimiento en su origen, es decir que haya vicio de error, dolo o violencia. De donde fácilmente se advierte el absurdo de suponer que todo un cuerpo legislativo haya actuado por error o que se haya ejercitado violencia sobre una mayoría. Mal puede entenderse en ese caso que la violencia consista en "presiones" de carácter po-

lítico, porque es de la esencia misma de la política el actuar dinámico en el que no faltan presiones de todo tipo y clase, de las que la Constitución preserva a los representantes del pueblo concediéndoles prerrogativas e inmunidades propias de su cargo.

En definitiva, el problema de la validez de las leyes, una vez sancionadas por el Congreso y promulgadas por el Poder Ejecutivo, es materia que corresponde revisar al Poder Judicial al ejercer el llamado *control de constitucionalidad*, que se ejerce en casos concretos, llevados a su conocimiento y decisión en el marco de la división de poderes que la Constitución ha establecido en su art. 1°.

4. La iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo

En sus *Lecciones de derecho constitucional* el Dr. Manuel Augusto Montes de Oca definió a la iniciativa legislativa como "...la invitación hecha al legislador para adoptar una norma jurídica..." [593]. Por su parte, el profesor catalán Jorge Xifra Heras señalaba que la misma constituía un acto vinculante material y formal que por un lado limita la materia de la actividad legislativa y por otro fuerza a determinados órganos a que actúen [594]. La iniciativa conforma la primera etapa en el proceso de formación y sanción de las leyes; es la etapa de creación de la norma, en la que se elabora el proyecto y se presenta ante las Cámaras del Congreso.

Si bien la función legislativa es competencia primaria del Poder Legislativo, la doctrina le ha reconocido al Poder Ejecutivo el carácter de "colegislador", ya que participa de la labor legislativa mediante la iniciativa, el debate, la promulgación, la publicación y el veto. La fase de iniciativa legislativa reviste gran importancia, ya que en ésta la norma se estructura y adquiere su forma inicial, siendo frecuente que esa norma pase a ser la definitiva, dado que el Parlamento o el órgano legislativo competente suele limitarse sólo a colocar un sello formal de aprobación.

En el plano institucional, en todos los Estados existen oficios o divisiones técnicas destinadas a la preparación de los proyectos de ley. Son dependencias del Poder Ejecutivo que se ocupan de la redacción de los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, y de las demás normas cuya emisión es de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo. Las reglas escritas que le conciernen (cuando existen) generalmente se refieren a atribuciones de competencia y a procedimientos que hay que observar en la preparación de

[593] MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones...*, cit., t. II, 1917, p. 264.

[594] XIFRA HERAS, Jorge, *Curso de derecho constitucional*, t. II, Bosch, Barcelona, 1992, p. 241.

un proyecto de ley o de reglamentación; raramente hasta ahora han tocado aspectos de técnica legislativa" [595].

Algunas modificaciones en materia de iniciativa legislativa fueron dispuestas en la reforma constitucional de 1994. El art. 99 en su inc. 3° (ex 86, inc. 4°) establece que el presidente de la Nación *"Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar..."*. El requisito de la publicación fue incluido por la reforma.

Por su parte, el art. 77, CN dispone: *"Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, con proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución..."*; de ese modo, se han generalizado las excepciones en cuanto a la cámara de origen, que anteriormente se limitaba a la Cámara de Diputados para materia concerniente a contribuciones y reclutamiento de tropas, en tanto que actualmente las excepciones se han ampliado a los casos de los arts. 39, 40, 52, y 75, inc. 2° y 19.

En un trabajo realizado por Molinelli se indica que en el período 1862-1985 el Poder Ejecutivo era el iniciador del 40/50% de las leyes (eje a través de todo el período, con algunas variaciones de año en año). Porcentaje que se eleva al 52/62% si no se toman en cuenta las leyes de menor importancia [596].

En el período 1983-1999 el Poder Ejecutivo fue iniciador del 47% de las leyes sancionadas. Si se excluyen las leyes menos importantes (monumentos, donaciones, transferencia de inmuebles, declaraciones) el porcentaje de las iniciativas presidenciales restantes sobre las leyes sancionadas aumenta al 55%. Pero si excluimos también las leyes que aprueban tratados internacionales, veremos que sólo el 33% de las leyes sancionadas fueron iniciadas por el Poder Ejecutivo.

De allí resulta que Molinelli afirme que se puede interpretar que el Congreso mantiene una influencia relevante en cuanto a legislación; por el contrario, Sagüés afirma que desde el punto de vista de su importancia económica o institucional las normas más relevantes han tenido por lo común origen presidencial [597].

5. El veto del Poder Ejecutivo

Nuestra Constitución Nacional en los arts. 80 y 83 se refiere a los proyectos "desechados" por el Poder Ejecutivo y a las "observaciones" que el

[595] CASTORINA DE TARQUINI, María C., "Sistematización de las funciones del Ejecutivo en orden a sus atribuciones", en *Atribuciones del presidente argentino*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 223.

[596] MOLINELLI, Guillermo, "Relaciones presidente-Congreso en Argentina 1883-1895", II Congreso Nacional de Ciencia Política, Mendoza, noviembre 1995.

[597] SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, cit., t. I, p. 421.

presidente efectúe, admitiendo de ese modo el veto o rechazo parcial que no contempla el derecho constitucional norteamericano. El poder de vetar las leyes consiste en una atribución que tiene el presidente de la Nación para rechazar una ley sancionada por el Congreso. Es propio de los sistemas presidencialistas donde la separación de poderes es clara y definida, desdibujándose en los sistemas parlamentarios en los que existe el llamado voto de censura o la disolución de las cámaras.

El art. 80, CN establece la promulgación ficta o tácita de las leyes por el Poder Ejecutivo al cumplirse diez días hábiles sin que haya rechazo o devolución del proyecto. El precedente de la Constitución norteamericana admite una modalidad de veto denominada *pocket* por el cual debe cumplirse todo ese plazo aun ante el fin de las sesiones ordinarias; en nuestro caso —en cambio— el fin del período de sesiones del Poder Legislativo no interrumpe el plazo que tiene el Poder Ejecutivo para vetar las leyes.

A diferencia de la promulgación parcial, que se encuentra sujeta a requisitos específicos en materia de habilitación y control, el veto no implica el ejercicio de atribuciones de emergencia. Se trata de una competencia de naturaleza política del presidente para examinar la constitucionalidad de un proyecto de ley, así como su oportunidad, mérito o conveniencia. De allí que el veto, sea total o parcial, no pueda declararse inconstitucional, salvo que se efectúe fuera del plazo legal establecido.

El art. 83 contempla los casos que se presentan cuando el Ejecutivo veta un proyecto de ley y el mismo vuelve al Congreso: a) El presidente de la Nación puede desecharlo en todo o en parte. En el caso de observaciones parciales, puede promulgar parcialmente la parte no vetada y devolver la parte vetada (art. 80, CN), regresando con las correspondientes objeciones a la cámara de origen, la que la discute nuevamente y de obtener una mayoría de dos tercios de los votos de los presentes pasa a la cámara revisora. Si ésta también insiste con igual mayoría (2/3 de miembros presentes), el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo, que está obligado a promulgarlo, no pudiendo vetarlo nuevamente; b) Si las cámaras —en cambio— difieren sobre las objeciones, el proyecto no puede volver a tratarse dentro del año.

De manera que cada Cámara aprueba por sí el proyecto de ley, siguiendo el procedimiento que señala la Constitución en sus arts. 77 a 83. Una vez aprobados por ambas Cámaras, se sancionan las leyes de acuerdo con la fórmula establecida en el art. 84, CN que es la siguiente: *"El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso,... decretan o sancionan con fuerza de ley"*.

6. La delegación legislativa

La reforma constitucional de 1994 introdujo dos nuevos institutos de emergencia que son los reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3°) y la delegación legislativa (art. 76, CN). Ambos se fundan en razones de excepcionalidad, aunque la delegación legislativa también procede en materias de "administración". Se trata de instituciones que tienen su fuente en el derecho comparado europeo, sobre todo en sistemas parlamentaristas o semiparlamentaristas donde es frecuente tanto la práctica de los decretos-leyes, como la técnica de la delegación. No se da en tales sistemas la nítida separación de poderes de los sistemas presidencialistas, toda vez que aparecen allí relaciones de colaboración más flexibles entre el órgano legislativo y el órgano ejecutivo, asegurándose asimismo el control a través de los votos de censura.

La inclusión de los reglamentos de necesidad y urgencia y de la legislación delegada en el texto de la Constitución Nacional expresó entre sus fundamentos el propósito de limitar y acotar esa práctica a las situaciones en que su uso excepcional fuese imprescindible. Sin embargo, aún están pendientes de creación las comisiones bicamerales permanentes que deberían actuar en uno y otro caso. De manera que aun cuando el ejercicio de las instituciones de emergencia requieren de límites procesales precisos a ser cumplidos, en el caso, las normas de excepción han seguido multiplicándose cada vez más.

La prohibición de la delegación legislativa en la reforma constitucional de 1994 fue una respuesta a una desmesurada práctica que llegó a su extremo con el caso "Cocchia" de 1993, convalidando una amplia facultad reglamentaria en la medida en que encuadrara en un "bloque de legalidad" identificado con el programa económico del gobierno nacional.

Esa prohibición sólo cede por razones de emergencia declarada, en el marco de la doctrina de la emergencia que venimos exponiendo, toda vez que las llamadas materias "de administración" forman parte de la competencia que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido como potestad autónoma de la administración dentro de la zona de reserva que emana del art. 99, inc. 1°, CN.

La doctrina administrativista, siguiendo las enseñanzas del derecho francés, que entre nosotros difundiera el maestro Rafael Bielsa, reconocía cuatro categorías de reglamentos administrativos: a) reglamentos autónomos (art. 99, inc. 1°) dentro de la zona de reserva de la administración; b) reglamentos de ejecución (art. 99, inc. 2°), los únicos expresamente contenidos en la Constitución Nacional; c) reglamentos delegados; y d) reglamentos de necesidad y urgencia. Las dos últimas categorías recibían el rechazo de la

mayoría de los constitucionalistas, a pesar de lo cual eran de práctica frecuente, especialmente en el ámbito de la denominada "reforma del Estado".

El nuevo art. 76 establece: "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".

La disposición transitoria octava estableció: "La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley".

La materia en estudio debe necesariamente relacionarse con el art. 99, inc. 3°, referido a los reglamentos de necesidad y urgencia y con el art. 100, referido al jefe de Gabinete de Ministros, en su inc. 12.

El art. 99, inc. 3°, en la parte pertinente dice: "...El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...". El art. 100, por su parte, en su inc. 12 manda al jefe de Gabinete de Ministros "Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente".

Las "materias determinadas de administración" se refieren a la ya mencionada potestad autonómica, en tanto que la delegación legislativa, como instituto de emergencia constitucional conforma, junto a los reglamentos de necesidad y urgencia, potestades excepcionales y de interpretación restringida. Ambas son dos caras de una misma moneda y deben interpretarse como un sistema, de manera que las prohibiciones expresas para los decretos de necesidad y urgencia en materia penal, tributaria, de régimen electoral y partidos políticos, son prohibiciones también a la delegación legislativa, cuya sanción es la nulidad absoluta e insanable, conforme surge de la propia Constitución.

Tales materias conforman un área específica que en la doctrina italiana, autores como Pizzorusso y Zagrebelsky denominan zona de reserva de ley absoluta, en tanto existen otras zonas de reserva de ley "relativas". En nuestra doctrina, se han considerado también incluidas en la zona de reserva de ley absoluta a las materias codificadas o de derecho común y a las leyes para cuya sanción la Constitución fija mayorías o procedimientos especiales [598]. Algunas constituciones optan por enumerar de manera limitada la llamada

[598] ANAYA, Jaime L., "Los límites de la delegación legislativa (el caso del decreto 677/2001)", ED 24/1/2002.

reserva de ley, ampliando el campo de acción discrecional para la zona de ley relativa que puede ser materia de delegación por razones técnicas [599].

La delegación legislativa, tanto en cuanto a las materias determinadas de administración como a las razones de emergencia pública que la habiliten, debe ejercerse dentro de las "bases de la legislación" que la Constitución manda al Congreso disponer y que, en rigor, representa un concepto más estrecho que el "bloque de legalidad" aplicado en el caso "Cocchia" (1993) pero más amplio que los principios de "política legislativa" del caso "Prattico v. Basso" (1960).

Varias de las condiciones establecidas por el convencional constituyente tanto en cuanto al funcionamiento de la comisión bicameral permanente como en cuanto al mecanismo a seguir, no están aún fijadas en la ley y, empero, la práctica de la delegación ha sido continua, no tanto, es cierto en el número de leyes que habilitaron tal práctica en cuanto a la importancia y a la cantidad de materias comprendidas.

El acatamiento estricto de los límites procedimentales es una condición necesaria e imprescindible para el ejercicio de la delegación legislativa en la emergencia. Sólo de ese modo se cumple con los principios del Estado de Derecho. De lo contrario sólo se cumple con una ficción de legalidad que en los hechos habilita la facultad de legislar sobre lo excepcional y que no es más que mero decisionismo.

7. Los reglamentos de necesidad y urgencia

Uno de los aspectos en que más se ha manifestado el incremento de los poderes presidenciales en desmedro de los otros poderes del Estado es en la asunción de facultades legislativas, como es el caso de la "delegación legislativa" y la práctica de los "decretos de necesidad de urgencia". La delegación legislativa se incrementó con el proceso de transformación económica, siendo frecuente en materia aduanera y en materias propias relacionadas con las privatizaciones de servicios públicos. La reforma la ha prohibido "expresamente" en el art. 76, CN, aunque ha dejado subsistentes dos casos de excepción: que se trate de un caso de "emergencia pública" o en materias "administrativas". En los hechos las delegaciones se han seguido produciendo.

Un caso paradigmático es el de los decretos de necesidad y urgencia que la mayoría de la doctrina constitucional considerada inválidos mientras que la doctrina de los administrativistas entendía procedente en casos limitados siempre que hubiera una ratificación legislativa inmediata, en cuyo

[599] PIZZORUSSO, Alessandro, *Derecho constitucional*, 2 vols., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

caso contrario se considerarían inválidos. Hasta el gobierno de Alfonsín se habían dictado sólo quince decretos de este tipo en toda la historia constitucional argentina. Los decretos de necesidad y urgencia dictados durante este período encontraron su fundamento en situaciones de dos tipos: políticas (para controlar o contener situaciones graves y casos de conmoción interna) y económicas (para paliar situaciones económicas o financieras de gravedad, sobre todo durante las crisis de finales del siglo XIX y del '30).

El gobierno de Alfonsín (diciembre 1983-julio 1989) emitió diez decretos de necesidad y urgencia. En todos los casos se adujeron razones vinculadas con la emergencia económica, crisis financiera y reforma del Estado. Entre los decretos de necesidad y urgencia dictados en este período pueden mencionarse el 1096/1985, conocido como "Plan Austral", que dispuso la reforma y el cambio del signo monetario; el decreto 2192/1986, por el cual se derogaron las llamadas normas de enganches salariales en el seno de la Administración Pública nacional; el decreto 2196/1986 que declaró el estado de emergencia del sistema previsional; el decreto 632/1987 que declaró el estado de emergencia agropecuaria y el decreto 1411/1987 por el que se suspendió la intervención del tribunal de Cuentas en la ejecución de los actos administrativos, a raíz de una huelga de su personal [600].

Entre julio de 1989 y diciembre de 1993, el presidente Menem dictó 308 decretos de necesidad y urgencia. La cifra adquiere importancia comparada con los no más de treinta y cinco que dictaron todos los presidentes constitucionales entre 1853 y 1989. No todos los decretos han sido reconocidos como tales por el Poder Ejecutivo; no obstante, en la actualidad su número supera los seiscientos. La gama de cuestiones reguladas por los decretos de necesidad y urgencia es muy amplia, abarcando desde temas impositivos hasta la transmisión de eventos deportivos por televisión. No obstante los reparos doctrinarios, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia en la sentencia recaída en el fallo "Peralta v. Gobierno nacional (Ministerio de Economía)" de enero de 1990. Se trató de la validez del decreto 36/1990 por el que se dispuso la incautación de depósitos a plazo fijo de los ahorristas y su conversión en bonos de deuda externa (Bonex) pagaderos a diez años con un interés mínimo, a fin de paliar un grave déficit en una situación de hiperinflación que se produjo a fines de 1989. La Corte convalidó la práctica siempre que se dieran las siguientes circunstancias:

a) "Que en definitiva el Congreso nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados", y

[600] FERREIRA RUBIO, Delia - GORETTI, Matteo, "Gobernar la emergencia. Uso y abuso de los decretos de necesidad y urgencia (1989-1993)", rev. *Agora*, nro. 3, invierno de 1995.

b) Que medie "una situación de grave riesgo social frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas... cuya eficacia no parece concebible por medios distintos de los arbitrados".

En este fallo, la Corte dispuso que en la medida en que el Congreso no dicte normas expresas que contradigan las disposiciones de un decreto de necesidad y urgencia, debe presumirse que existe el consentimiento de la Legislatura.

Esta doctrina de la inversión de la iniciativa legislativa en favor del presidente y en desmedro del Congreso fue subsanada en la reforma de 1994, cuyo art. 99, inc. 3° legitima expresamente esa práctica, aun cuando le establece límites. El artículo comienza prohibiendo enfáticamente el ejercicio de facultades legislativas por el Ejecutivo y sólo las permite en casos excepcionales, y las prohíbe expresamente en materia impositiva, penal, de partidos políticos y sistema electoral. Fija además un complicado procedimiento por el que el decreto de necesidad y urgencia debe ser decidido y firmado en acuerdo general de ministros y debe ser el jefe de gabinete quien lo lleve a la Comisión Bicameral permanente del Congreso para su ratificación dentro de los diez días de dictado. La Constitución establece que no puede haber ratificación tácita por lo que se requiere el ejercicio de una voluntad expresa por el Legislativo. Este procedimiento debería regularse expresamente por una ley que aún no ha sido dictada. No obstante, el Ejecutivo ha persistido y ha aumentado tal práctica aun en las materias prohibidas —como la impositiva— basándose en la interpretación de que, aunque falte la reglamentación legal, cuya mora imputa al Congreso, su consagración constitucional les otorga legitimidad por sí mismos.

Cabe plantearse si la fijación de límites constitucionales ha significado un acotamiento de la práctica de los decretos de necesidad y urgencia. Estamos entre los que pensamos que, por el contrario, su incorporación en la Constitución los ha favorecido operándose una suerte de "blanqueo" consistente en introducir en el texto algunas prácticas que conformaban verdaderos "desvíos" [601]. El desmesurado incremento de esta práctica cuasilegislativa sumada a los vetos y promulgaciones parciales y a la delegación legislativa constituye, sin lugar a dudas, uno de los factores reales de mayor crecimiento del poder presidencial, más allá de las anunciadas intenciones de "atenuarlo". El jefe de gabinete, lejos de conformar un Ejecutivo bicéfalo que comparte el poder en alguna medida, resulta ser un auxiliar más de la actividad presidencial.

Desde el punto de vista sustancial, el *law-making process* bien hubiera justificado un profundo debate "sistémico" en lugar de limitarse a incorpo-

[601] DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Nación argentina...*, cit.

raciones aisladas de carácter coyuntural que en la práctica contribuyeron a profundizar un tratamiento ilimitado de las emergencias constitucionales, cuando era menester encuadrar las prácticas políticas en el marco de la Constitución, tanto más cuando esa práctica es, nada más ni nada menos, que la formación de la voluntad general al hacer la ley.

Existían muchos debates previos que hubieran servido de base a esa discusión. Entre otros cabe enumerar a los *Dictámenes* del Consejo para la Consolidación de la Democracia que propusieron pasar desde un presidencialismo hegemónico a formas semiparlamentarias que favorezcan el debate en la formación y sanción de las leyes.

El problema no está tanto en el sistema sino en la fijación de límites en las competencias, toda vez que ésa es, precisamente, la esencia de un texto constitucional. En la actualidad y por distintas razones en práctica constitucional a partir de la propia reforma, que llevaron al Poder Ejecutivo a sentirse legitimado para avanzar en el dictado de normas de alcance general, aun cuando no fueron implementados los mecanismos de fiscalización y control previstos en la Constitución, han aumentado las zonas de penumbra.

En la política puede haber grises y también hay grises en materia de interpretación pero cuando se trata de definir quién tiene la competencia para hacer la ley las constituciones deben ser muy claras: es blanco o es negro. Cualquiera sea el modelo que se adopte. Algunos países han optado, con crudo realismo por sincerar las cosas y limitar taxativamente la zona de reserva legal del Poder Legislativo, dejando una amplia competencia general del Poder Ejecutivo para dictar decretos-leyes de alcance general. No propugnó esa solución, pero sí afirmó que éste es el tema que más justificaría reabrir un debate constitucional para definir —con claridad— quién hace las leyes en la Nación Argentina.

CAPÍTULO XVI

LOS ORGANISMOS DE CONTROL

1. El problema de la corrupción

Uno de los principios paradigmáticos del Estado de Derecho es el equilibrio en el control desde la sociedad hacia el Estado, de donde resulta la máxima o regla de oro que establece que a todo acrecentamiento de las funciones estatales corresponde, de manera recíproca, un reforzamiento de los controles y un afianzamiento de las garantías individuales.

La reforma constitucional de 1994 ha recogido esos aportes del pensamiento científico, político y constitucional y, haciéndose eco de los aportes del derecho comparado, ha respondido a la sofisticación de demandas de la nueva política, a la complejidad de las relaciones económicas, políticas y sociales en las que se inscribe la creciente complejidad de los propios procesos de decisión política; un incremento de los mecanismos de control en la Constitución reformada, así como también un reforzamiento del llamado *garantismo* al incluir en el texto de la norma fundamental los llamados "Nuevos derechos y garantías" (arts. 36 a 43, CN).

Los organismos de control incorporados al texto de la Constitución son fundamentalmente cuatro, dos de ellos en la esfera de competencia del Poder Legislativo, como lo son la Auditoría General de la Nación (art. 85) y el Defensor del Pueblo (art. 86), en tanto también se ha incorporado como un reclamo de transparencia en la designación de magistrados el Consejo de la Magistratura dentro de la sección correspondiente al Poder Judicial de la Nación (art. 114) y, como único control autónomo, es decir fuera de la división clásica de poderes, se ubica el Ministerio Público (art. 120) que por tal razón ha sido considerado un órgano extra-poder, a pesar de su mayor vinculación histórica con el Poder Judicial.

Cuando Aristóbulo del Valle refería las notas esenciales de la República, destacaba entre ellas a la *"publicidad de los actos de gobierno"*, requisito fundamental del Estado de Derecho, que hace a la esencia del control. A este tema nos referiremos: a la problemática del control de los actos estatales en las democracias, signadas por las grandes transformaciones en la economía y en las funciones del aparato estatal, donde el flagelo de la corrupción protagoniza el gran desafío ético de estadistas, legisladores y cons-

titucionalistas, que es el de *erradicarlo*. Al punto que bien puede señalarse que la crisis del tiempo presente es de naturaleza ética. Murió la contienda ideológica, importa la corrección de las injusticias.

La corrupción no es un fenómeno nuevo ni exclusivo de la Argentina. En el siglo I (a.C.) se decía "en Roma todo está a la venta". Basta con mirar las páginas de los periódicos de los países desarrollados para constatar que también aquellas sociedades enfrentan el problema, algunas veces en escala nacional, alcanzando no sólo a meros funcionarios de la administración sino también a los responsables de la conducción política de la máquina pública. En nuestro país, el problema es bien conocido y ha sido descripto por José Hernández en el *Martín Fierro*, en la *Ciudad indiana* de Juan Agustín García y en otros libros más recientes, como *Un país al margen de la ley* de Carlos S. Nino.

Esto no sólo es consecuencia de la acción de individuos que carecen de patrones éticos y morales más elevados, sino de la situación original de los sistemas administrativos, económicos y sociales que necesitan de informaciones e incentivos para perfeccionarse y erradicar el vicio.

Combatir la corrupción requiere de un proceso sistemático. Para ello son necesarias, además de una actuación del poder público en la represión de las irregularidades, la concientización y movilización de toda sociedad en orden a combatirlo. Por ejemplo, es necesario crear mecanismos para fomentar la participación del ciudadano en el control de la corrupción y para definir y adoptar soluciones para los obstáculos burocráticos y los actos irregulares. También es necesario difundir el conocimiento de técnicas de control de la Administración Pública y perfeccionar el ordenamiento jurídico represivo.

En ese sentido, debe estimularse la presentación de reclamos, debidamente certificados, contra actos practicados por funcionarios públicos, pero sin caer en el *maccarthismo* o en la *caza de brujas* (debe denunciarse pero certificando). Es indispensable que las instituciones superiores de control o fiscalización disfruten de completa independencia, tengan alto rigor técnico en su desenvolvimiento y no estén subordinadas a ningún poder estatal, a fin de evitar que su actuación se vea comprometida por injerencias políticas.

Es indispensable que el órgano fiscalizador, además de un control *a posteriori* tenga un control concurrente y una fiscalización previa. Sin embargo, no bastan solamente estas prerrogativas. Como resultado del hecho de que una de las características de la norma jurídica es su coercibilidad, es necesario que la entidad fiscalizadora posea herramientas que le garanticen el ejercicio de sus privilegios y tengan aún la posibilidad de aplicar sanciones a los responsables por actos de corrupción.

El control debe ser independiente, real y efectivo; sólo así la mayor complejidad de un Estado de Derecho que ha transferido más funciones al

Estado, podrá ser compensada con controles ágiles, dinámicos, adaptados a las circunstancias, que hagan posible que el Estado de Derecho sea también un Estado de Justicia. Porque como enseñara san Agustín hace diecisiete siglos "los Estados sin justicia, no pasan de ser grandes bandas de ladrones".

2. La auditoría general de la Nación

La Constitución reformada define a la Auditoría como un *"organismo de asistencia técnica del Congreso"*, siendo el control externo del sector público nacional en sus aspectos *patrimoniales, económicos, financieros* y *operativos* una atribución propia del Poder Legislativo. La figura se encuentra en el ámbito que Loewenstein define como control de tipo "horizontal" (interórgano) del Legislativo sobre el Ejecutivo. El objeto material de ese control son los actos administrativos referidos a la hacienda pública.

La autonomía a que se refiere el art. 85 es meramente funcional y, por lo tanto, el control del Congreso sobre la hacienda pública se ajusta a las siguientes previsiones constitucionales, en orden a la limitación de los poderes que surge de los arts. 1° y 121, CN, hay control parlamentario: 1) en la aprobación de la cuenta de inversión (art. 75, inc. 8°), dejando a salvo que la fiscalización de los recursos coparticipados estará a cargo de un organismo federal especial (art. 75, inc. 3°); 2) en las comisiones de seguimiento presupuestario; 3) en la aprobación del presupuesto (art. 75, inc. 8°) que supone análisis histórico del mismo y definición de procedimientos de ejecución; 4) en la posibilidad de interpelación a los ministros (art. 75, inc. 71); 5) en los casos de juicio político (arts. 53, 59 y 60, CN); y 6) en la posibilidad de remover al jefe de gabinete mediante el voto de una moción de censura (art. 101, CN).

Las facultades enunciadas corresponden más bien al control parlamentario que a la Auditoría que es un órgano auxiliar. La Constitución ha remitido su integración y funcionamiento a una ley reglamentaria que debe ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. La novedad más importante, y la que más ha caracterizado a la incorporación constitucional de la figura, es el hecho de que el presidente del organismo (que es colegiado) será designado *"a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso"*, situación que implica la incorporación del viejo principio que *la mayoría gobierna y la minoría controla*, y que advierte sabiamente acerca del peligro de controlarse a sí mismo.

El constituyente tuvo en vistas el modelo actualmente existente, diseñado por la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional. La Auditoría se compone actualmente de siete auditores generales, los que deben ser de nacionalidad argentina,

con título universitario en las áreas de Ciencias Económicas o Derecho (art. 121). Tres son designados por la Cámara de Diputados y tres por el Senado. El séptimo, que es el presidente, es designado por resolución conjunta de los presidentes de las dos Cámaras y debe ser un legislador de la oposición (art. 122).

La ley 24.156 rige a partir del 1° de enero de 1993 y creó sistemas de control de la hacienda pública, a la *Sindicatura General de la Nación*, que tiene a su cargo el control *interno* y a la *Auditoría General* que tiene a su cargo el control *externo*. Su entrada en vigencia derogó la anterior Contaduría General de la Nación y el Tribunal de Cuentas, contemplados en la denominada Ley de Contabilidad (decreto 23.354/1956). También quedó derogada la Sindicatura General de Empresas Públicas, creada por ley 22.639.

La presencia de un órgano de control externo de la hacienda pública se complementa con la existencia de un órgano de control interno, cuya acción deberá tener en cuenta los resultados del ente de control interno, fundamentar su actividad de control en él y optimizar su trabajo a partir del mejor nivel que éste pudiera brindar. El doble órgano de control es una concepción vigente en diversos países. Valgan como ejemplo el Auditor a nombre del gobierno y el Auditor a nombre del Parlamento canadiense, la Intervención española y el Tribunal de Cuentas español, la Contaduría Mayor de la Hacienda de México y la Secretaría de la Controlaría de dicho país. No constituye una duplicidad ya que cada órgano cumple una función.

Toda administración supone tres etapas esenciales: *planificación, gestión* y *control*; es decir, la definición de objetivos y metas, la ejecución de los procedimientos necesarios para lograr dichos objetivos y concretar las metas, y una labor de monitoreo y evaluación para averiguar los desvíos y definir las correcciones necesarias. El poder administrador, que en el derecho positivo argentino es el Poder Ejecutivo nacional, no podrá estar ajeno a esta concepción. Su actividad hace necesario contar con un sistema de información que retroalimente las decisiones del presidente. En suma, el gerente general de la hacienda pública debe contar con un auditor que le rinda informe del desarrollo de su gestión y le permita conocer desvíos para reordenar acciones, o aun, conocer resultados para redefinir planes.

El Poder Legislativo, por su parte, tiene dos funciones básicas: dictar la ley y ejercer el control parlamentario. La complejidad de la administración moderna genera la tendencia a brindar leyes marco, con numerosas delegaciones, que tienen como contrapeso el incremento de la función de control, en cuya asistencia un órgano técnico específico resulta indispensable. Por ello, la naturaleza del órgano de control externo dependiente del Poder Legislativo (Auditoría General de la Nación) es diferente de la del órgano de control interno (Sindicatura General de la Nación).

El órgano parlamentario retroalimenta la tarea del legislador que, cuando ejerce el control parlamentario, no solamente cumplimenta una etapa natural de toda gestión, sino que cumple con una función específica y no delegable atribuida por la Constitución Nacional. El auditor interno, en cambio, debe ser oído del presidente; su significación está dada por un monitoreo que el propio administrador requiere para su tarea.

La asistencia técnica al Congreso para que éste ejerza una atribución constitucional, es entonces la nota diferencial del órgano de control externo, sin perjuicio de señalarse otra nota básica: *la independencia de criterio*, que supone en el contralor de tipo parlamentario no haber sido designado por el controlado, ni recibir de éste su paga.

La Auditoría General de la Nación tiene, entre otras, las funciones que a continuación se detallan conforme a la ley:

a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en relación con la utilización de los recursos del Estado.

b) Realizar auditorías financieras, de legalidad, de gestión, así como las evaluaciones de programas, proyectos y operaciones.

c) Auditar a unidades ejecutoras de programas y proyectos financiados por los organismos internacionales de crédito, conforme con los acuerdos que a estos efectos se llegue entre la Nación argentina y dichos organismos.

d) Examinar y emitir dictámenes sobre los Estados contables financieros de los organismos de la administración nacional preparados al cierre de cada ejercicio.

e) Controlar la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público y efectuar los exámenes necesarios para formarse opinión sobre la situación de este endeudamiento.

f) Auditar y emitir opinión sobre la memoria y los estados contables financieros así como del grado de cumplimiento de los planes de acción y presupuesto de las empresas y sociedades del Estado.

Dentro de las funciones impuestas a la Auditoría General de la Nación por la ley 24.156, se destaca el control de gestión, fundamentalmente verificativo, dado que el control que la Auditoría ejerce es posterior, verificando el cumplimiento de los procedimientos programados y controlando la aplicación práctica de todas las normas. Se hace referencia al concepto *control de gestión* en un sentido amplio, a la evaluación de la eficiencia de las operaciones, desde la ejecución de todo el proceso de administración, a la vez que podemos definir el término control como el *proceso por medio del cual quien administra obtiene información sobre el funcionamiento de cada fase y corrige decisiones y su acción sobre la base de ella.*

Los conceptos que son de aplicación en el control de gestión se conocen como la regla de las tres "E": 1) Economía (gastar menos). 2) Eficiencia (gastar bien). 3) Eficacia (gastar sabiamente).

3. El defensor del pueblo

El origen institucional de la figura del defensor del pueblo hay que buscarlo en el *ombudsman* escandinavo, que actúa a la manera de un delegado parlamentario, ejerciendo la acción pública en representación de los ciudadanos. Instituciones similares han aparecido en los textos constitucionales que sirvieron de fuente a nuestra reforma constitucional, como fue el caso de la Constitución española de 1978. También en muchas constituciones de provincias argentinas y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires existen institutos similares al que aquí se trata y con funciones similares.

En el caso de la Constitución española de 1978 la función institucional del defensor del pueblo ha sido muy importante durante la transición democrática. Un viejo abogado franquista se lamentaba de que el presupuesto asignado al defensor del pueblo era equivalente al de la corona. Eso no solamente habla de la austeridad de la monarquía española sino también de la importancia que tiene para el funcionamiento de las instituciones asegurar su independencia con partidas presupuestarias adecuadas. La figura de un luchador de la democracia como el profesor socialista Joaquín Ruiz Jiménez, designado defensor del pueblo, fue muy importante para esa consolidación institucional.

La reforma de 1994 ha incluido al defensor del pueblo como un nuevo instituto de control en la Constitución argentina con el fin de incrementar los controles sobre el poder político. La Constitución señala que el defensor del pueblo tendrá "autonomía funcional" dentro del ámbito del Congreso de la Nación, que dictará una ley especial regulando la institución. Esa autonomía funcional que tiene el defensor del pueblo en la Constitución Nacional reformada, se ve sostenida por mayorías especiales de dos terceras partes (2/3) de los miembros presentes de cada cámara, sea tanto para designarlo como para removerlo.

Para el ex convencional constituyente Humberto Quiroga Lavié se trata de un verdadero "defensor social" que se ocupa de tramitar los asuntos públicos, que careciendo de jurisdicción investiga, critica y hace públicas sus opiniones, recibe denuncias y las traslada al Congreso y a la opinión pública. No revoca ningún acto administrativo, pero con su tarea es un eficaz supervisor de la administración, colaborando en que ésta cumpla su cometido, y es un eficaz control informativo [602].

Agrega el autor citado que el "defensor del pueblo" opera como un verdadero control preventivo de la actividad administrativa, que asegura el equilibrio del sistema político-social y le evita posibles o inminentes violaciones. Es un verdadero gestor de la transparencia administrativa y un "abogado del diablo" que puede requerir razones sobre cualquier actuación administrativa. A ello cabe agregar la legitimación activa especial que el art. 43, CN le concede en materia de intereses difusos o derechos colectivos.

Al referirse a algunas de las características que deben revestir los *ombudsman* o defensores del pueblo, ha subrayado un distinguido jurista mexicano: "El *ombudsman* es un órgano del Estado, no del gobierno. Es decir, es un órgano público creado por la Constitución o por la ley para que cumpla funciones públicas y cuyas atribuciones están expresamente señaladas por la propia ley, pero no es ni forma parte de ningún órgano de gobierno" [603]. Otra regla de oro es que el defensor del pueblo no debe ni puede ser amortiguador de disputas políticas. La imparcialidad debe ser, necesariamente, una de sus notas características.

En la doctrina argentina también se destacan obras que han abierto el camino a los estudios sobre esta importante institución, entre las que cabe citar las de los Dres. Miguel Padilla, Jorge Maiorano y Osvaldo Gozaíni, entre otras.

602 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación argentina comentada*, 3ª ed., Zavalía Editor, Buenos Aires.

603 CARPIZO, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, 2ª ed., Porrúa, UNAM, México, 1998. p. 52.

CAPÍTULO XVII

EL PODER EJECUTIVO

1. El sistema presidencialista

En el sistema presidencialista, el gobierno no pertenece al Parlamento. Este aspecto se halla expresamente prohibido por la Constitución. El presidente, la cabeza del Ejecutivo, no procede del Parlamento ni es elegido por ese cuerpo, sino mediante elecciones. Así, existe expresamente un "precepto de incompatibilidad" que prohíbe que un miembro del Ejecutivo pertenezca al Parlamento y viceversa. El otro principio es que el Parlamento no puede derribar al gobierno —al presidente y sus colaboradores— mediante un veto de censura, y de modo inverso, el presidente no tiene posibilidad de disolver el Parlamento. Ambas instituciones, Parlamento y presidente, tienen una legitimidad obtenida directamente del pueblo mediante votaciones separadas, siendo independientes en su existencia política uno del otro. Finalmente, no existe un estricto control del presidente sobre el partido gubernamental que forma parte del Parlamento y de este organismo en su totalidad. Dos hechos impiden esta tarea: por un lado, el presidente, que es jefe de su partido, no se encuentra posibilitado de controlar totalmente la estructura partidaria; por el otro, nada asegura que el partido político del presidente cuente con la mayoría en el Congreso [604].

Tanto en el sistema parlamentario como en el presidencialista, las fuentes inmediatas de poder son la elección y el partido. En el sistema de gabinete, el jefe del partido de la mayoría se convierte en el primer ministro y si el partido es disciplinado, es poco probable que sea derribado, y goza de la misma inmunidad que el presidente aunque sea responsable ante el Parlamento.

Desde un punto de vista organizativo también pueden establecerse similitudes entre ambos sistemas de gobierno. El primer ministro o el presidente están rodeados de un grupo de consejeros, y también por una serie de organismos asesores y especializados. En este marco intervienen asimismo los partidos políticos y sus líderes, el Poder Legislativo cuyo apoyo a las medidas políticas es indispensable, los grupos de presión, la prensa y la opinión pública en general.

[604] STAMMEN, T., *Sistemas políticos actuales*, Guadarrama, Barcelona, 1977.

El profesor De Vergotini ha descripto muy claramente el papel de la oposición política en el sistema democrático: Antes de la consolidación de los partidos políticos como mediadores del proceso democrático, el rol de discusión y control que cumple la oposición era ejercido por el órgano legislativo en su conjunto frente al órgano ejecutivo, en un principio monárquico, y luego presidencial o de origen en el mismo Parlamento. Pero con el surgimiento de los partidos políticos, comenzó a darse la situación de que el mismo partido que ocupa el órgano ejecutivo esté representado en el Parlamento, sea en forma mayoritaria —lo que es casi indefectible en los sistemas en que el órgano ejecutivo es designado por el legislativo— como representación minoritaria. En el primer caso, son los partidos minoritarios los que van concentrando el rol de oposición, ya que un sistema de lealtades o disciplina interna disminuye el papel de crítica y control del partido "oficialista", y, en este caso, del Parlamento como órgano colectivo. Sólo cuando el partido del órgano ejecutivo es minoritario en el legislativo o cuando el grado de disciplina y cohesión interna de los partidos es muy bajo, vuelve a ser el Congreso como un todo el órgano de crítica y control efectivos del órgano ejecutivo [605].

La forma en que se garantiza el papel de la oposición en una democracia pluralista da lugar a dos modelos que De Vergottini denomina los modelos "de conflicto y alternancia" y "compromisorio". Al primero se corresponden generalmente los modelos bipartidistas en tanto que al segundo se corresponden por lo general los sistemas multipartidistas donde funcionan gobiernos de coalición [606]. Una distinción similar es la adoptada por Lijphart para distinguir la "democracia mayoritaria" de la "democracia consensual o de consenso" [607].

El núcleo del Poder Ejecutivo es el liderazgo. Los rasgos del líder y los elementos que forman la capacidad ejecutiva han sido temas de profundos debates en las ciencias sociales y amplias diferencias se han suscitado sobre lo que consistirían los rasgos básicos de un líder; aunque, como señala Karl Friedrich "No estamos todavía en condiciones de explicar un liderazgo y tal vez nunca lo estemos" [608].

Una de las funciones del Poder Ejecutivo, entrelazada con el problema del liderazgo, es la representatividad. Si bien por lo común la representación es atribuida al Legislativo, podemos también hablar de representación por

[605] DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1987.

[606] DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho...*, cit.

[607] LIJPHART, Arend, *Democracy in plural societies*, Yale University Press, New Heaven, 1984.

[608] FRIEDRICH, K., "Jefes del Ejecutivo y sistemas de gabinete", en BLONDELL, Duverger - LIPSET y otros, *El gobierno: estudios comparados*, Alianza, Madrid, 1981.

parte del Ejecutivo, se trate de un presidente elegido por el voto directo o de un primer ministro elegido indirectamente. La clase de representación que generalmente se atribuye a los jefes del Poder Ejecutivo en general es la "simbólica", en cuanto representan o encarnan la unidad del pueblo, es decir, son símbolos de esta unidad. El Ejecutivo se identifica así con la comunidad política y la representa interna y externamente, estableciendo con los miembros que la integran una serie de vinculaciones afectivas.

Esta perspectiva viene generalmente asociada con el énfasis en la función integradora del Poder Ejecutivo. Si la meta es la integración de la Nación como un todo, o la creación de un Estado, la misma puede alcanzarse de modo más eficaz mediante la presencia de un simple símbolo que la acción de un cuerpo legislativo de representantes. Se trata del líder artífice de símbolos y la representación se identifica con el liderazgo eficaz. Llevada al extremo, este punto de vista se corresponde con el de los teóricos del totalitarismo. En el marco de esta perspectiva se considera que el líder obliga a sus seguidores a adaptarse a sus intenciones y deseos, y la representación se convierte así en una relación de poder del líder sobre sus seguidores [609]. Karl Friedrich ha puesto de relieve que un sistema constitucional jamás es la obra de un gran líder y resulta evidente "...que son muchas las mentes y muchas, muchísimas las manos que recopilaron y siguen recopilando las disposiciones de detalle, que idearon e idean soluciones particulares para problemas particulares, y que nadie sabe lo suficiente como para inventar un Estado. El concepto de Estado como tal fue un desarrollo de la noción opuesta, una noción construida para justificar y racionalizar los poderes despóticos de los gobernantes monárquicos del siglo XVII" [610].

En el marco de las relaciones entre los poderes Ejecutivo y Legislativo se pueden también ofrecer algunas observaciones. En el sistema parlamentario, los ministros son responsables ante una de las cámaras y el control lo ejerce la Cámara baja, quedando la otra relegada al rol subsidiario. Este tema es de particular interés en los sistemas federales, pues la Cámara alta, constituida tradicionalmente para proteger los intereses regionales o locales, cumple en estos sistemas un papel relegado. Para sopesar esta desventaja y salvaguardar los intereses regionales, esta función se lleva a cabo dentro del Ejecutivo con la distribución regional de las bancas en el Gabinete.

En el sistema presidencial, en cambio, la Constitución acuerda el mismo rango a las dos cámaras y, como en el caso norteamericano, el Senado

[609] PITKIN, H. F., *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

También puede consultarse DAHL, Robert A., "Myth of the presidential mandate", *Political Science Quarterly*, nro. 3, vol. 105, 1990, ps. 355/372.

[610] FRIEDRICH, K., "Jefes del Ejecutivo...", cit.

ha recibido además funciones significativas respecto del Poder Ejecutivo. A diferencia del sistema de gabinete, los desacuerdos entre ambos poderes y, aun entre ambas cámaras, son consideradas esenciales para preservar el equilibrio entre la centralización y la autonomía, y son asimismo un medio por lo tanto eficaz en la defensa de los intereses regionales.

2. Antecedentes del presidencialismo argentino

La teoría esbozada por Montesquieu en el famoso cap. VI del libro XI que pertenece a su obra *De l'esprit des lois* y que fuera valorada por los autores de la Constitución de los Estados Unidos, se refiere de modo general a que el poder no limitado conduce al abuso y a la arbitrariedad, y pone en peligro la libertad y la justicia de una comunidad. Como señala Montesquieu: "En cada Estado hay tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, establece la seguridad pública y previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último Poder Judicial, y al otro Poder Ejecutivo del Estado. Todo estaría perdido si una única persona, o un único cuerpo de notables, de nobles o del pueblo, ejerciera estos tres poderes; el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de castigar los delitos o las controversias privadas" [611].

Los críticos del proyecto original de la Constitución norteamericana atacaron la semejanza del poder del presidente a la del rey británico. Ésta fue la posición de los antifederalistas y la controversia giró en torno a los alcances y límites del poder presidencial durante la etapa de ratificación de la Constitución; una verdadera batalla de ideas fue el esquema presidencial propuesto, convirtiéndose en el centro de las críticas de quienes se oponían a una presidencia fuerte. Para los antifederalistas la Constitución ofrecía más poder al nuevo gobierno central que el que se había aplicado sobre las colonias y, respecto de la presidencia, veían el restablecimiento del gobierno monárquico, y en consecuencia, el fantasma de la tiranía. Patrick Henry, George Mason, James Monroe, y Richard Henry Lee lideraron la contienda contra la Constitución, mientras James Madison, John Marshall y el gobernador Edmund Randolph apoyaron la ratificación. La oposición fue más fuerte en los estados de Pensilvania y, en particular, en Nueva York.

611 MONTESQUIEU, *De L'esprit des lois*, Flammarion, Paris, 1979, ps. 294/295.

Contra estos argumentos escribió Hamilton en *The federalist:* "...Aquí los autores contrarios a la Constitución se han empeñado en destacar su talento de falsedad. Especulando con la aversión del pueblo hacia la monarquía, se han esforzado en oponer toda su desconfianza y sus conceptos erróneos al propuesto presidente de los Estados Unidos... Éste ha sido decorado con atributos superiores en dignidad y esplendor a aquellos del Rey de Gran Bretaña. Nos ha sido presentado con la diadema centellando sobre su frente y la púrpura ondeando a su paso. Ha sido sentado en un trono rodeado de esbirros y favoritas, recibiendo a los enviados de potentados extranjeros, con toda la arrogante pompa de la majestad. Han faltado apenas las imágenes del despotismo y voluptuosidad asiáticos para completar la exagerada escena. Se nos ha enseñado a temblar ante los terribles rostros de los asesinos jenízaros y ruborizarnos ante los revelados misterios de un serrallo... El Poder Ejecutivo es más fácilmente limitado cuando es unipersonal; que sería mucho más seguro que existiera un único objeto para la desconfianza y vigilancia del pueblo, y, en una palabra, que toda multiplicación es más bien peligrosa antes que propicia para la libertad..." [612].

El art. II es para muchos el más indefinido de la Constitución de los Estados Unidos. En sus palabras iniciales expresa: *"El Poder Ejecutivo estará en manos de un presidente de los Estados Unidos de América"*. Las características singulares de la función ejecutiva dificultan en grado sumo su delimitación precisa en la Constitución y son esas características las que deben considerarse cuando se trata de interpretar las normas jurídicas relativas al desempeño del presidente. Una de las tesis más extremas sostenidas en relación a este tema fue la de Theodore Roosevelt. Su posición fue que sus poderes no se limitaban a los asuntos expresamente mencionados en la Constitución, sino que se extendían a toda cuestión de interés público que la Ley Suprema no prohibiera expresamente. Afirmar esto es reconocer la existencia de un poder absoluto desde la perspectiva opuesta, William Taft, después de su período presidencial, ofreció en 1916 una conferencia donde resaltó que "...el presidente no puede ejercer poder alguno que no resulte clara y razonablemente de una concesión expresa de poder o precisamente implicado o incluido dentro de tal concesión expresa como adecuado y necesario para su ejercicio. No hay residuo indeterminado de poder que el mismo pueda ejercer porque le parezca que está en el interés público" [613].

612 El concepto de Hamilton en cuanto a que el Ejecutivo es más fácilmente limitado si es unipersonal, se corresponde con la concepción de Juan Luis de Lolme, fuerte defensor de la unidad del Ejecutivo, en su obra que publicó en 1771, *La Constitución de Inglaterra*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

613 PRITCHETT, C. H., *La Constitución americana*, McGraw-Hill Book Company. Nueva York, 1959.

Algunas conclusiones se desprenden de este examen de los hechos y las circunstancias de las cuales emergió el carácter peculiar del Poder Ejecutivo de los norteamericanos. El presidente puede propiciar una política determinada, pero no puede controlarla. Tal fue el espíritu de los autores de la Constitución y desde entonces ha seguido teniendo una amplia aprobación en la opinión pública. Los norteamericanos necesitaban de un gobierno que no perturbara la iniciativa privada. Entonces, como ahora, confiaban en su propio esfuerzo para alcanzar bienestar y progreso material. La injerencia gubernamental, con sus trabas y reglamentos, son estimados antagónicos por la cultura de ahí el recelo por un Poder Ejecutivo fuerte. Como explica Harold Laski, los fundadores de la Constitución temían a las masas y eran inflexibles respecto de los derechos de propiedad. La libertad, para ellos, significaba la protección de los intereses individuales frente a los avatares de la multitud. Educado en la tradición del "gobierno negativo", siempre ha recelado del poder centralizado, y en las actas de la Convención de Filadelfia pueden comprobarse las infinitas precauciones que se tomaron al crear la presidencia, aunque muchas de las limitaciones fueron superadas por el futuro. La presidencia de Franklin D. Roosevelt hubiera resultado inconcebible para cualquier presidente anterior con la posible excepción de Lincoln [614].

En América latina, la obsesión por una Constitución escrita es un sentimiento que se ha mantenido durante mucho tiempo, desde los próceres de la independencia, después de los caudillos y, en la actualidad, por los gobernantes contemporáneos. Todos ellos, como señala Valencia Carmona, "...han comulgado por igual el culto de la Constitución... Fue en 1830 y 1850 cuando Latinoamérica sufrió su más aguda inestabilidad constitucional. La mayoría de las leyes constitucionales expedidas en ese lapso tuvieron una azarosa vigencia... Hubo constituciones de todo tipo y para todos los gustos... sólo las constituciones argentinas de 1853, chilena de 1833 y uruguaya de 1830, lograron mantenerse durante un período prolongado... Después de los primeros años, la tendencia a renovar constantemente las constituciones disminuye un poco, pero no se crea que ha dejado de representar uno de los problemas más graves del constitucionalismo latinoamericano..." [615].

Un andamiaje bastante complejo, por las inspiraciones en fuentes hasta incluso contradictorias, sostuvo los contornos definitivos de estas constituciones. Por un lado, el modelo más cercano para estas repúblicas en formación fue el ejemplo de Estados Unidos, del cual se derivaron los dos tipos básicos de estructuras constitucionales: el presidencialismo y el sistema

[614] LASKI, Harold J., *El sistema presidencial norteamericano*, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1948.

[615] VALENCIA CARMONA, S., "Las tendencias contemporáneas del ejecutivo latinoamericano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, nros. 31-32, México, ps. 135/136.

representativo. Necesitados de un poder fuerte para vencer la anarquía de los años difíciles luego de la independencia, se inspiraron en la presidencia de este país. Por el otro, tomaron también las ideas de la Revolución Francesa y el pensamiento de Rousseau, que llegaron simultáneamente a estos pueblos.

Tanto Montesquieu —que inspiró el constitucionalismo norteamericano— como Rousseau —que inspiró la Revolución Francesa— marcaron el espíritu de estas nuevas constituciones de la región, de ahí que vemos en los textos elementos de uno y otro. Con enfoques contradictorios, pues Rousseau conduce a la unidad de la soberanía, absoluta e indivisible y a la preeminencia del Parlamento. Montesquieu, como señala Demicheli, en cambio, con la técnica de la separación de poderes quiebra la unidad de la soberanía, y defiende el gobierno representativo. Ambas corrientes de pensamiento fueron conocidas por los constitucionalistas de la época [616]. Si bien la vocación por el parlamentarismo no ha sido la pauta en América latina, ha dejado una herencia importante en el constitucionalismo latinoamericano. Algunos elementos del parlamentarismo se hallan presentes en este sistema, como la presentación de los ministros ante el Congreso y, en algunos casos, la interpelación. En Venezuela, los textos de 1864, 1874 y 1891 establecieron que los ministros podían ser censurados por la Cámara de Diputados y con ello estaban obligados a dimitir. En Ecuador, la Constitución de 1878 introduce el voto de censura y en 1915 aparece el proyecto para implantar el parlamentarismo en ese país en la época del general Leonides Plaza. Otros países también se acercaron al parlamentarismo, como Haití, que adoptó algunos elementos de este régimen en 1806, 1843, 1859 y 1867; Honduras entre 1925-1931 y Bolivia entre 1031-1937. Perú, por su parte, en 1933 y Cuba en 1940, establecieron una especie de semiparlamentarismo. Uruguay en 1934, Guatemala en 1945 y Venezuela en 1947 acogieron también algunos matices de este sistema. Pero instauraron un régimen parlamentario Brasil entre 1838-1889 y 1961-1963 y Chile, entre 1891-1924.

La influencia del gobierno norteamericano fue decisiva a la hora de definir los rasgos del Poder Ejecutivo presidencial. El modelo fue adoptado porque se ajustaba mejor a la tradición hispanoamericana de los virreyes y capitanes generales de la época colonial y, con posterioridad, al espontáneo surgimiento de los caudillos militares durante las guerras de independencia; de este modo, los países iberoamericanos adoptaron con variantes el modelo de los Estados Unidos, pero en las constituciones se subrayó desde un principio la preeminencia del Poder Ejecutivo, reforzada por el caudillismo militar de los primeros presidentes, quienes aceptaron la idea de la soberanía popular y ejercieron, al mismo tiempo, un poder al margen de toda regulación constitucional.

[616] DEMICHELI, A., *El Poder Ejecutivo*, Depalma, Buenos Aires, ps. 43/47.

"Verdaderamente es lamentable —afirma Linares Quintana— cómo el latinoamericano se ha constituido con una idea tan corrosiva para el gobierno constitucional al que *el gobierno de las leyes*, se le concibe en cambio como *gobierno de los hombres*, insistiendo con frecuencia en querer ver en el mero y transitorio titular de uno de los poderes estatales, el restaurador, libertador, creador de un nuevo orden, etc. De ahí surge el nocivo continuismo [617]. También Karl Loewenstein ha examinado este fenómeno del caudillismo. Para el autor, la separación de poderes en vez de proporcionar un equilibrio dio lugar a la exageración del sistema presidencial conocido con la expresión de caudillismo. En palabras del autor: "A veces se escondió tras una apariencia de legalidad constitucional, lograda mediante amainadas y corrompidas legislaturas, elecciones fraudulentas y arreglos constitucionales que permiten la continuación en el cargo de la camarilla gobernante" [618].

Si bien el principio de la separación de poderes se mantiene en las constituciones de América latina, se introducen respecto del modelo norteamericano algunas innovaciones. La ampliación de los poderes presidenciales está por encima de los que posee el presidente de los Estados Unidos y es claro su predominio constitucional. Son amplias las facultades en el proceso legislativo —es órgano colegislador— y, a diferencia del ejecutivo de Estados Unidos, tiene la iniciativa de ley; la iniciativa exclusiva de ley en ciertas materias; convocatoria a legislatura extraordinaria; declaración de urgencia en la tramitación de los proyectos de ley; participación en el debate parlamentario de la ley a través de sus ministros; veto parcial —el veto total en el presidente de los Estados Unidos— y delegación de facultades legislativas en el presidente, por ejemplo, la técnica del presidencialismo latinoamericano permite al presidente legislar por decreto, especialmente en materias económicas y administrativas. Asimismo, ciertas atribuciones en momentos de crisis le permiten al mismo suspender las garantías constitucionales y actuar como órgano legislativo.

A estas atribuciones se suma también el amplio poder de nombramientos y una abultada burocracia administrativa que rodea al presidente. Como señala Valencia Carmona, "Durante los primeros años el Poder Ejecutivo tuvo una exigua organización; el presidente era auxiliado en sus tareas por tres o cuatro secretarios de Estado. De aquellos días a la época contemporánea el panorama ha cambiado radicalmente. La estructura y las funciones del Poder Ejecutivo han crecido de manera extraordinaria y se tornan cada

617 LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1985, ps. 550/551.

618 LOEWENSTEIN, Karl, "The presidency outside of the United States: a study in comparative political institutions", *The Journal of Politics*, vol. 2, nro. 3, agosto, University of Florida, 1949, p. 453.

vez más complejas. A los escasos colaboradores de antaño ha sustituido una extensa red administrativa, centralizada y descentralizada, que se percibe en las diversas secretarías de Estado y en las múltiples empresas en que participa el gobierno" [619].

Otro aspecto que lo diferencia del régimen de los Estados Unidos y que constituye un rasgo de su preponderancia es que el presidente de este país tenía poderes políticos y jurídicamente limitados por la existencia efectiva de una estructura federal, en la cual cada uno de los Estados miembros guardaban celosamente su autonomía; en cambio, los Estados latinoamericanos crearon unidades muy centralizadas aun donde se aplicó el principio del federalismo, el que constituye una construcción jurídica más que una realidad viva y espontánea, incapaz de frenar a los órganos del poder central y, entre ellos, el Poder Ejecutivo [620].

Producida la emancipación nacional, los primeros gobiernos argentinos adoptaron ejecutivos colegiados, ya sea bajo la forma de *juntas* o *triunviratos*. El deán Funes escribía en *La Gaceta* del 20/11/1810 palabras que fueron premonitorias para el desarrollo de la historia política argentina: "La experiencia de todos los siglos y lugares tiene muy bien acreditado que puesto el poder soberano en manos de un solo hombre, tarde o temprano se transforma en despotismo. Una autoridad sin freno es capaz de corromper al hombre más virtuoso. Nadie que conozca la frágil naturaleza humana puede dudar de esta verdad" [621].

Tras las luchas de la independencia a principios del siglo XIX, siguieron en el territorio argentino las disputas entre *unitarios* y *federales* que no concluirían hasta la sanción de la Constitución Nacional en 1853.

El 3/2/1826, se aprobó el proyecto de ley presentado por el diputado por Córdoba Dr. Elías Bedoya, creando la figura del presidente, para la cual fue elegido Bernardino Rivadavia. Bajo los auspicios del mismo, el Congreso sancionó la Constitución unitaria de 1826, hecho que ocasionó el rechazo de las provincias. Córdoba propuso el 3/5/1827, y las del Litoral aceptaron, la celebración de un "pacto federal". Todas se avinieron en "desechar la Constitución que ha sancionado el Congreso Constituyente residente en Buenos Aires, por estar formada sobre la base del sistema de unidad, que está en oposición a la voluntad general de las provincias y contra el cual se ha pronunciado" (art. 2°), y agrega: "Las provincias federales pondrán todos

619 VALENCIA CARMONA, S., "Las tendencias...", cit.

620 SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Derecho constitucional comparado*, Editora Nacional, Madrid, 1965, p. 229.

621 Citado en PÉREZ GUILHOU, Dardo, *El Poder Ejecutivo. Derecho constitucional de la reforma de 1994*, t. II, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Buenos Aires.

sus recursos para destruir las autoridades denominadas nacionales, que están causando los males de que todo el país se resiente" (art. 4°).

Cuando a partir de 1826, *las provincias* se oponen a la Constitución, por ser unitaria, desaparece el gobierno nacional y el vínculo que las unía, quedando cada una librada a su suerte en el marco peligroso de un movimiento secesionista, que será superado gracias al pactismo iniciado entre las provincias, que viene a cumplir así la función unificadora que no pudieron lograr los estatutos y reglamentos centralistas. Fracasados estos intentos, se consolida la acción jurídica y política de los pactos y estatutos interprovinciales, naciendo así las provincias argentinas y procurándose, cada una, la sanción de las respectivas cartas, constituciones y reglamentos que ordenan las instituciones locales.

La primera en redactar su Constitución provincial fue la Banda Oriental (Uruguay) en 1813. Santa Fe sancionó su Estatuto Provisorio en 1819 y en 1841 su Constitución; Tucumán en 1820 tiene su propia Constitución; Córdoba redacta su Reglamento provisorio que sanciona en 1821 y también Corrientes —que en 1824 aprueba su Constitución— y la provincia de Salta; en 1822, Entre Ríos aprueba su Estatuto Provisorio; Catamarca tiene su Reglamento constitucional en 1823; San Juan tiene su Carta en 1825; San Luis sanciona un Reglamento Provisorio en 1832; Buenos Aires redacta un proyecto de Constitución en 1833 pero nunca entró en vigencia; recién cuando Buenos Aires se independiza de la Confederación redacta y aprueba en 1854 su Constitución sobre la base de ese proyecto; Jujuy sanciona un Estatuto provincial en 1839; Córdoba tiene un Código Constitucional en 1847; Tucumán sanciona su estatuto provincial en 1852; Santiago del Estero aprueba un Reglamento para la Organización Política de la Provincia en 1830. Éstos, entre otros más, son algunos de los ejemplos de ese constitucionalismo local que arranca desde 1813 con la primera Constitución de los orientales. Sin embargo, como señala Bidart Campos, "...la profusa serie de documentos escritos con que las provincias diagramaron su organización local no alcanza, a nuestro juicio, la trascendencia histórica e institucional que logró el derecho contractual en el proceso de pactos interprovinciales..." [622].

3. El presidencialismo en la Constitución Nacional de 1853

Juan Bautista Alberdi fue el pensador que más influyó en la Constitución Nacional sancionada en 1853, a través de su obra *Bases y puntos de partida para la organización de las provincias Unidas del Río de la Plata*, cuya

[622] BIDART CAMPOS, Germán J., *Historia política y constitucional argentina*, t. 1, Ediar, Buenos Aires, 1977.

segunda edición comprende un *Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas*. Alberdi era un publicista de sólida formación que tomó inspiración en la obra de Pelegrino Rossi y que adoptó como modelo constitucional el federalismo y el presidencialismo de los Estados Unidos, que conoció a través de la obra de Tocqueville, Story y por los escritos de *El federalista*. El seguimiento del modelo norteamericano no fue fiel ni mucho menos textual sino que, por el contrario, el proyecto de Alberdi contemplaba las particularidades propias de los problemas vernáculos proponiendo soluciones acordes. De ese modo, su Poder Ejecutivo se presenta más fuerte y con más facultades que el estadounidense, siendo su modelo más inmediato el de la Constitución de Chile de Egana, que conoció muy bien por haber pasado largos períodos como exiliado en el país trasandino. Del mismo modo, el federalismo argentino es presentado por Alberdi como una solución transaccional a las guerras entre unitarios y federales, de modo tal que su federalismo es, en realidad, una transición hacia la unidad.

"Dad al ejecutivo —señaló— todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución". Y agregaba: "Este desarrollo del Poder Ejecutivo constituye la necesidad dominante del derecho constitucional de nuestros días en Sudamérica. Los ensayos de monarquía, los arranques dirigidos a confiar los destinos públicos a la dictadura, son la mejor prueba de la necesidad que señalamos". La república portaliana de Chile era para Alberdi el modelo más adecuado a nuestras costumbres que el norteamericano. "...Mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos... Fuerte como el de Chile, republicano en la forma y casi monárquico en el fondo, central como en dos siglos, hasta donde lo permita el individualismo provincial creado de hecho por la revolución" [623]. También consideró, como Bolívar, que los nuevos Estados necesitaban reyes con nombre de presidentes. Pero a pesar de que Alberdi intentó, como lo expresara, diferenciarse del modelo norteamericano, coincide con Hamilton cuando señala que "...uno de los elementos salientes debe ser la energía por parte del Ejecutivo" [624]. Para ambos la referencia a la figura del monarca era una comparación inevitable en los momentos institucionales de cada país para enfrentar el dilema de la integración o la secesión definitiva. Si Hamilton proclamaba la necesidad de "no dejarnos ilusionar por la pluralidad en el Ejecutivo", también Alberdi expresaba sus reparos contra los gobiernos iniciales de la Revolución, constituidos sobre las bases de las juntas y los triunviratos.

En cuanto a la fidelidad en el seguimiento al modelo de la Constitución norteamericana, Alberdi entró en una celebre polémica con Sarmiento, otro

[623] ALBERDI, Juan B., *Bases*, cit.

[624] HAMILTON, *El federalista*, nro. LXX.

destacado hombre público e intelectual argentino que llegaría a ocupar la Presidencia de la Nación y quien fuera el primer catedrático de "derecho constitucional" en la Universidad de Buenos Aires. Sarmiento conocía muy bien la obra de Story sobre la Constitución de los Estados Unidos y pensaba que el secreto estaba en seguir estrictamente el diseño de aquel modelo constitucional. En los *Estudios sobre la Constitución argentina*, Alberdi le contesta a Sarmiento —como en el tema del federalismo— las diferencias de nuestro Ejecutivo con el norteamericano. "...Era nuestro Ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central, que había existido por dos siglos... El Poder Ejecutivo argentino posee las siguientes cualidades que no tiene el Ejecutivo de Norteamérica. El presidente es jefe supremo de la Confederación y tiene a su cargo la administración general del país. Participa en la formación de las leyes. Concede jubilaciones, retiros, licencias, montepíos. Ejerce los derechos del patronato nacional. Concede el pase o retiene los decretos de los concilios y del Papa. Concluye y firma tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza, de límites, de neutralidad con las potencias extranjeras, por sí solo. Provee los empleos y grados militares de la Confederación. Declara la guerra y concede patentes de corso. Declara el estado de sitio en uno o varios puntos de la República, por peligro interior o exterior. Puede arrestar y trasladar a las personas de los perturbadores en caso de sedición. Es el jefe de los gobernadores de provincias. Ninguno de estos poderes tiene el Ejecutivo de los Estados Unidos de Norteamérica" [625].

El art. 85, inc. 1° del Proyecto de Alberdi establece que el presidente "es el jefe supremo de la Confederación y tiene a su cargo la administración y gobierno central del país". Este artículo fue incorporado casi sin modificaciones en el art. 86, inc. 1°, CN de 1853, quedando fuera la referencia a la jefatura de gobierno. Ninguna de estas jefaturas figura en la Constitución norteamericana. En el art. 81 de la Constitución de 1826 aparece la jefatura de la administración; en la carta chilena de 1833, el art. 59 establece las jefaturas de Estado y de la administración y en el art. 81, las jefaturas correspondientes a la administración, gobierno, capital y fuerzas armadas; sólo una se encuentra en la Constitución norteamericana (fuerzas armadas), tres en la carta de 1826 (administración, capital y fuerzas armadas), cuatro en la Constitución chilena de 1833 (estado, administración, gobierno y fuerzas armadas) y cuatro pasan definitivamente a nuestra carta de 1853, menos la jefatura de gobierno [626].

[625] ALBERDI, Juan B., *Estudios sobre la Constitución argentina de 1853. Organización de la Confederación Argentina*, t. 1, El Ateneo, Buenos Aires, 1913.

[626] PÉREZ HUALDE, D. J. "Alberdi y las atribuciones del Ejecutivo", en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros, *Atribuciones del presidente argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 157.

Alberdi no defiende ni una separación absoluta de poderes ni una igualdad entre los mismos, como parte del equilibrio entre poderes. En el cap. XXV de las *Bases*, cuando se refiere al chileno Egana, lo menciona como una autoridad esclarecida en el tema: "...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. Lo cierto es que en la antigüedad, y mismo en Inglaterra, el Poder Ejecutivo participa formalmente de las facultades del Legislativo" [627]. Para Pérez Guilhou, cuando aquí se está hablando de participación del Poder Ejecutivo en el Legislativo, no se está pensando en el sistema parlamentario, sino en los instrumentos como el veto y la enmienda de las leyes, en el estado de sitio, y en las facultades especiales delegadas; y que tanto Alberdi como Egana funden en una síntesis la tradición colonial y la republicana para edificar un orden legalizado, en la desesperada obsesión de superar el estado de anarquía de esos pueblos [628]. Alberdi aconsejó la creación de un Ejecutivo fuerte combinado con la creación de ejecutivos de poca fuerza en los gobiernos provinciales, pues temía más a la tiranía de los gobernadores que a la del presidente [629].

Frente a esto, el llamado "federalismo argentino" tuvo desde sus inicios un sentido ambivalente y centralizador en sus consecuencias. A diferencia del modelo norteamericano, la fórmula no nacía de un pacto entre estados que guardaban su originaria independencia cediendo parte de su soberanía, sino que nacía de un poder central que concedía parte de su soberanía a un conjunto de provincias, que en el pasado fueron parte de un solo Estado [630]. De modo que el federalismo argentino constituye una construcción jurídica más que una realidad, incapaz de controlar y frenar los órganos del poder central y, entre ellos, el del presidente en el área ejecutiva. El poder del presidente no actúa, en consecuencia, en la esfera de una soberanía restringida, pues la misma no se halla dividida, como en el federalismo, entre un gobierno central y uno que corresponde al ámbito de las provincias.

4. El "hiperpresidencialismo" hegemónico

A las fuertes atribuciones que la Constitución originaria concentró en el presidente argentino, se fueron agregando otras que provinieron de la

[627] ALBERDI, Juan B., *Bases*, cit.

[628] PÉREZ GUILHOU, Dardo, *El Poder Ejecutivo...*, cit., ps. 103/104.

[629] MATIENZO, José N., *El gobierno representativo federal en la República Argentina*, De América, Madrid, 1917.

[630] BOTANA, Natalio, "El federalismo liberal en la Argentina: 1852-1930", en CARMAGNANI, Marcelo (coord.), *Federalismos latinoamericanos: México, Brasil, Argentina*, FCE, México, 1993.

práctica. En este aspecto, mucho han tenido que ver las personalidades de quienes ejercitaron el cargo y que le otorgaron una impronta personal y carismática al cargo que se relacionó con la figura del "caudillo" que estableció una comunicación directa con el electorado, más allá de los aspectos estrictamente legales. Las presidencias de Bartolomé Mitre, Julio A. Roca, Hipólito Yrigoyen y Juan D. Perón fueron paradigmáticas en el sentido indicado. De ese modo, cuando Arturo E. Sampay defendiera la reelección de Perón en la Convención Constituyente de 1949, sostuvo que la misma se asentaba "...en la sublimación del prestigio de un hombre y la acción personal en consecuencia de la empresa que sólo se agota cuando se cumplen los objetivos... La empresa argentina depende de la posibilidad constitucional de que el general Perón sea reelegido presidente" [631]. Semejante argumento, sostenido por el principal constitucionalista del peronismo, es demostrativo del alcance del personalismo en el Poder Ejecutivo.

La personalización del poder, tal como lo sugiere Giovanni Sartori, afecta la eficacia del sistema político. En primer lugar porque los políticos no son elegidos por su capacidad para encontrar soluciones a los problemas planteados, sino por otros rasgos que en la actualidad son efectos de la "video-política". En segundo término, porque tal personalización hace perder a la gente la percepción correcta de los problemas que se presentan, ya que hace creer que todo es cuestión de encontrar a un visionario adecuado y encomendarle una misión trascendente para que los problemas desaparezcan como por arte de magia. En tercer lugar porque la personalización del poder favorece las presiones corporativas y ellas no están dirigidas a resolver los problemas que afectan a la sociedad en su conjunto sino sólo los que afectan a su sector [632].

La complejidad del corporativismo latinoamericano ha sido captada correctamente por O'Donnell cuando lo caracteriza como "bifronte" y "segmentario". El primer rasgo se pone de manifiesto en el hecho de que el corporativismo que se da en Latinoamérica tiene tantos componentes "estatizantes" como "privatistas": es estatizante en la medida en que presenta un elemento de conquista y subordinación por parte del Estado respecto de organizaciones de la sociedad civil; es privatista en la medida en que sectores de las instituciones públicas devienen "'colonizados' por grupos privados y organizaciones" [633].

[631] SAMPAY, Arturo E., *La reforma constitucional*, cit., p. 72, cit. por PÉREZ GUILHOU, Dardo, *El Poder Ejecutivo...*, cit.

[632] SARTORI, Giovanni, "Representation: representational systems", en *International Encyclopedia of the Social Sciences*, ps. 472 y ss.

[633] O'DONNELL, "Corporatism and the question of the States", en MALLORY (comp.), *Authoritarianism and corporatism in Latin America*, p. 47.

Distintas razones han confluido para la conformación del "hiperpresidencialismo argentino", como fuera definido por Carlos Santiago Nino. Según este autor, ha confluido una cantidad de razones originadas en la práctica constitucional que han encumbrado al Ejecutivo en desmedro de los otros poderes del Estado, toda vez que menciona un "debilitamiento" del Legislativo y una "declinación" del Poder Judicial a ejercitar las facultades de control que le son propias. Sin duda la causa más importante de esa deformación ha sido la interrupción de la cultura y la práctica democráticas que favorecieron las decisiones concentradas en desmedro del debate democrático. Para Nino, ésa es una de las razones por las que los intereses corporativos se nuclearon en derredor de la figura presidencial. El diagnóstico general de esa situación es que el Poder Ejecutivo salió ganancioso no sólo frente a las otras dos ramas del Poder Federal, sino también frente a los gobiernos provinciales, ocurriendo en los hechos —de manera paralela— un debilitamiento del federalismo [634].

La interrupción de los procesos constitucionales llevó al frecuente cierre del Congreso, con la natural falta de continuidad y pérdida de práctica cívica y de ejercicio de los derechos políticos. A partir de 1930, por su parte, cuando se produjo el primer golpe de Estado, de carácter nacionalista que derrocó al presidente Hipólito Yrigoyen, la Corte Suprema de Justicia de la Nación legitimó el golpe, comenzando la elaboración de la denominada "doctrina *de facto*" basada en la intención de mantener la continuidad jurídica del Estado, pero a costa de renunciamientos en el control de constitucionalidad de los actos de gobierno del Poder Ejecutivo. A medida que se fueron sucediendo nuevos golpes de Estado, la Corte Suprema perfeccionó su "doctrina *de facto*" apelando a la doctrina de Constantineau y sosteniendo que los actos jurídicos de los gobiernos *de facto* (decretos-leyes) mantenían su legitimidad al iniciarse un nuevo período *de jure*. En un comienzo esa legitimidad necesitó de un acto expreso de ratificación legislativa por el Congreso, pero más tarde la doctrina "se perfeccionó" interpretándose que el acto jurídico tenía presunción de legitimidad, excepto en el caso de ser expresamente derogado por el nuevo Congreso Constitucional.

La doctrina de las "cuestiones políticas no judiciables" fue otro factor decisivo. La Suprema Corte de los Estados Unidos elaboró la doctrina de las *political questions* contemplando algunos casos limitados en que los jueces no podían ejercer el control de constitucionalidad sobre los actos de los órganos políticos, por considerarse facultades privativas de los otros poderes sobre cuya oportunidad no correspondía opinar a los jueces (ej.: declaración de guerra). La doctrina de las "cuestiones políticas" adquirió en la Argentina

[634] NINO, Carlos S., *Fundamentos...*, cit.

márgenes cada vez más amplios, de modo tal que una cantidad de materias pasaron a calificarse como tales, entre otras la declaración de "estado de sitio" y la "intervención federal" en las provincias.

La declinación de los otros poderes coincidió con una mayor concentración de facultades en el Ejecutivo y en el recurrente uso de algunos institutos de emergencia constitucional como el "estado de sitio" y la "intervención federal" a las provincias. El estado de sitio es un instituto de emergencia constitucional previsto para los casos de "ataque exterior" o de "conmoción interior". Su dictado corresponde al Congreso, o al presidente dando cuentas a éste en caso de receso o de ataque exterior (art. 23, CN). Durante su vigencia se suspenden las garantías constitucionales en el punto en que el estado de sitio esté declarado; el presidente no podrá aplicar penas pero sí puede arrestar personas y trasladarlas de un lugar a otro del territorio. La Corte Suprema en el caso "Antonio Sofía" había decidido que no correspondía a los jueces revisar la declaración política del estado de sitio, aunque sí era revisable la "razonabilidad" de las medidas adoptadas durante su vigencia.

La recurrencia a este instituto fue reitarada y abusiva, aun cuando en muchos casos la medida fuere injustificada. De hecho los presidentes recurrieron muchas veces a ella para acrecentar su poder en desmedro de los opositores políticos. La página más negra del "estado de sitio" fue la ocurrida durante la última dictadura militar, bajo cuyos efectos muchas personas fueron arrestadas y puestas "a disposición del Poder Ejecutivo nacional". La Corte de entonces, a partir de los fallos "Zamorano", "Timerman" y "Pérez de Smith", fue haciendo lugar a distintos recursos de hábeas corpus que permitieron aclarar la situación de personas cuyo paradero era desconocido. Recuperada la democracia en 1983 se dictó una nueva ley de hábeas corpus bajo la inspiración del senador Fernando de la Rúa que dispuso la revisión por los jueces, en todos los casos, de la declaración del estado de sitio. Ese saludable principio ha sido también recogido en el nuevo art. 43, CN reformada en 1994 [635].

Otro tanto ha ocurrido con la "intervención federal", una institución de emergencia prevista en la Constitución Nacional argentina que no está en la Constitución de los Estados Unidos. Conforme al art. 6° de nuestra CN, el gobierno federal puede intervenir una provincia en casos de invasión extranjera o cuando sea necesario restablecer la plena vigencia de las instituciones republicanas. El fundamento de tan excepcional medida es el mayor centralismo del federalismo argentino en relación al estadounidense, según ya vimos. El art. 5°, CN dispone que las provincias deben dictar sus constituciones conforme a los principios de la Constitución federal, tanto en lo referido

635 DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Nación argentina...*, cit.

a las declaraciones, derechos y garantías (parte dogmática) como en lo referido al diseño de los poderes (parte orgánica). Hasta la reforma constitucional de 1994 existió en este tema una "laguna" en cuanto a cuál era el órgano que debía declarar la intervención federal a una provincia. La doctrina en general se inclinó por interpretar que tal declaración correspondía al Congreso y que el Ejecutivo sólo podía ejercitarla en limitadas ocasiones, como cuando aquél no estuviera reunido (receso), en cuyo caso debía ser inmediatamente convocado. La circunstancia de que la intervención federal fuese considerada una "cuestión política no judiciable" conforme a la vieja jurisprudencia de la Corte Suprema en los casos "Cullen v. Llerena" y "Orfila" favoreció que la misma fuera muchas veces declarada por el Poder Ejecutivo.

Durante la presidencia de Carlos S. Menem se intervinieron por decreto del Poder Ejecutivo las provincias de Corrientes y de Santiago del Estero, ocasionando una reacción política que concluyó en una norma expresa incluida en el art. 75, CN, conforme a la cual es al Congreso a quien corresponde ejercer esta potestad excepcional. Conviene aclarar que el abuso al que se prestó la intervención federal fue frecuentemente el de remover gobiernos opositores para reemplazarlos por partidarios leales al gobierno nacional o preparar las condiciones para una elección favorable de las autoridades provinciales. En este pecado han incurrido tanto los gobiernos peronistas como los radicales y los conservadores en distintos tiempos; aun cuando hayan existido presidentes que pueden honrarse de no haber utilizado en ninguna oportunidad el denominado "remedio federal".

Son muchos los autores que han destacado el incremento "autoritario" de los poderes presidenciales desde la Constitución de 1853, entre los que cabe citar a Ítalo Luder, César E. Romero y Dardo Pérez Guilhou [636]. El último enumera como causas que han intervenido en ese proceso a las siguientes:

— La frecuencia de los estados de emergencia.
— Las facultades militares.
— La conducción de las relaciones internacionales.
— La política y planes de desarrollo económico y social.
— La dirección burocrática.
— La delegación de facultades legislativas.
— La crisis del Parlamento y de representatividad de los partidos políticos.
— La jefatura del partido gobernante.

636 LUDER, Ítalo A., "Sociología del Parlamento", LL, del 14/10/1958. ROMERO, César E., "El Poder Ejecutivo en la realidad política contemporánea", en ZAVALÍA, Víctor P., *Derecho constitucional*, t. 1, Buenos Aires, 1975, cap. 10, cits. por PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, t. II, "El Poder Ejecutivo", Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Buenos Aires.

— La centralización de los Estados, poniendo en decadencia al federalismo.
— La lucha contra los grupos de presión.
— El progreso técnico y científico.
— La masificaron e industrialización de la sociedad actual.
— La función de planificación en el Estado moderno.

En consecuencia —agrega—, las limitaciones formales de la Constitución de 1853 han experimentado la derogación de hecho, y las interpretaciones política, doctrinaria y, más de una vez, jurisprudencial, han permitido la legalización de un nuevo presidente en la Argentina [637]. Pero especialmente destaca como en la práctica se fue agregando a las funciones del presidente una jefatura que no estaba prevista en la Constitución originaria: la jefatura de gobierno, entendida ésta como "el trazado de la política global y la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarla" [638]. Este avance se visualizaría en tanto la formulación de las políticas correspondía al Congreso en la Constitución de 1853, sin perjuicio de las facultades "reglamentarias" y de "ejecución" del presidente (art. 99, inc. 2° conforme al texto reformado en 1994 —ex 86, inc. 2° antes de la reforma—). Pero en la realidad el presidente comenzó a tomar la iniciativa en los proyectos parlamentarios y cruzó desde una función de mero "colegislador" a una función activa en la sanción de las leyes que se manifiesta en la apelación cada vez más reiterada a los "decretos de necesidad y urgencia", como así también a la práctica distorsiva del "veto parcial" y "promulgación parcial" de leyes con lo que se altera la unidad de las mismas, además de la reiterada recurrencia a la práctica de la "delegación legislativa" que se acentuó en los últimos años en materia económica, con motivo de la denominada "Reforma del Estado" y la política de privatizaciones.

Ese autoritarismo se vio —incluso— reflejado en las últimas reformas de constituciones provinciales. La Constitución de La Rioja de 1986, en su art. 115 dice: *"La función ejecutiva provincial será desempeñada por el gobernador quien es el jefe político de la administración de la provincia..."*. Las constituciones de Salta de 1986 en su art. 137, y de Córdoba de 1987, en su art. 144, dicen, respectivamente, que: *"El gobernador formula y dirige las políticas de la provincia..."*.

El protagonismo decisivo del Ejecutivo en la tarea legislativa llegó al extremo de invadir el ámbito judicial en el caso de los indultos concedidos por el actual presidente a los comandantes militares de la represión y a algunos cabecillas de organizaciones terroristas, en materias que eran de indiscutible competencia del Congreso por vía de amnistías generales [639].

La crítica al "hiperpresidencialismo" argentino encontró cabida institucional en los *Dictámenes* del Consejo para Consolidación de la Democracia, un organismo asesor de la Presidencia de la Nación durante el período presidencial del Dr. Raúl Alfonsín, que elaboró, por encargo de éste, distintas propuestas sobre una reforma constitucional que tendría por objeto consolidar el sistema democrático recuperado en 1983, luego de un largo período de dictaduras militares. Dicho Consejo tenía como coordinador al Dr. Carlos S. Nino, un destacado filósofo del derecho y estaba integrado por distintas personalidades del espectro político, de la ciencia y la cultura, en la pretendida búsqueda de un amplio consenso para el proyecto. Entre otras destacadas personalidades, integraba el Consejo el Dr. Genaro R. Carrió, quien había presidido la Corte Suprema de Justicia. La propuesta elaborada por el Consejo para la Consolidación de la Democracia consistía en la confección de un nuevo modelo constitucional "semipresidencialista" o "semiparlamentario" que mitigara el tan criticado "hiperpresidencialismo hegemónico" [640].

Después de exponer las razones que llevaron a esa deformación del modelo presidencialista, el Consejo se inclinaba por "parlamentarizar" el sistema de modo tal que una cultura del debate en la formación de la voluntad suplantara la concentración de un modelo corporativo de presiones sobre el Ejecutivo. Analizando los distintos modelos comparados, la tendencia a parlamentarizar el sistema se fue inclinando posteriormente hacia un modelo semipresidencial o semiparlamentario, como el francés, y posteriormente algo más mitigado, como el modelo portugués. Se preveía así la existencia de un primer ministro o ministro coordinador que desligara al presidente de la tarea de administración y —en parte— también de la tarea de gobierno. Al mismo tiempo, el primer ministro o ministro coordinador podría actuar como "fusible" en situaciones de grave tensión política, sin desgastar de ese modo la figura presidencial. Se proponía así también la elección directa del presidente de la Nación por medio de un sistema de doble vuelta o *ballotage*, eliminándose la práctica del "colegio electoral". Se preveía también un juego de censura-confianza entre el primer ministro y la Cámara de Diputados que tendría la concentración de la función política, en tanto que el Senado, bajo la denominación de "Senado Federativo", se concentraría en el fortalecimiento de las representaciones provinciales, contando con iniciativa

637 PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Derecho constitucional...*, cit.

638 OYHANARTE, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Paidós, Buenos Aires, 1969, cap. III, p. 58, cit. por PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Derecho constitucional...*, cit.

639 PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Derecho constitucional...*, cit.

640 CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA, *Dictamen preliminar sobre la reforma constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1986, y *Segundo dictamen sobre la reforma constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

parlamentaria en las materias de interés federal. Cabe señalar que, aun con matices mitigados, muchas de esas propuestas fueron consideradas en la reforma constitucional de 1994, que tuvo entre los principales antecedentes nacionales a los referidos *Dictámenes* y a los *Dictámenes* de la Comisión Asesora para la reforma institucional de 1972 que ya en su oportunidad proponía la reducción del mandato presidencial a cuatro años y su reelección por un período igual y distintas reformas destinadas a la modernización parlamentaria [641].

De ese modo, el modelo "semipresidencialista" o "semiparlamentario" del Consejo para la Consolidación de la Democracia se fundamentó en una crítica de tipo estructural al presidencialismo como tal y a su aplicación en el contexto argentino. Uno de los autores más citados en apoyo de esa tesis ha sido Juan Linz, quien sostiene que el presidencialismo cuando se funda además en un sistema bipartidista, conduce a constantes "bloqueos" entre Ejecutivo y Legislativo que impiden la realización efectiva de determinadas políticas de gobierno. Un ejemplo de esto sería la falta de apoyo parlamentario —por carecer de mayoría propia— que tuvo Alfonsín para implementar su proyecto de reforma sindical. Sostiene Linz que en el sistema presidencialista se da un "juego de suma cero". Un juego de "suma cero" es una estructura de interacción en la que todo lo que cada participante gana lo pierde alguno de los otros participantes, a diferencia de juegos de suma positiva (como el mercado cuando funciona bajo condiciones ideales).

Esto favorece, a su criterio, el endurecimiento de la oposición que no repara en cualquier método para criticar u oponerse al gobierno [642]. La tesis de Linz es acogida por Nino, quien en su obra *Fundamentos de derecho constitucional* desarrolla ampliamente este punto destacando las diferencias que existen entre ser gobierno y oposición en la realidad política argentina; así —dice— mientras los primeros gozan de prebendas, cargos públicos, acceso al financiamiento de sus campanas políticas, etc.; los segundos, por su parte, deben frecuentemente sufragar su actividad política con su propio peculio [643].

El presidencialismo genera una fuerza centrípeta que conduce al bipartidismo, contraponiéndose a la fuerza centrífuga del sistema electoral proporcional, que promueve el pluripartidismo. En la medida en que prevalece la primera fuerza, como ocurrió tradicionalmente en la Argentina, ello contradice la exigencia de variedad y definición ideológica de los partidos ya que los partidos tienden a ser grandes coaliciones que engloban muy diferentes concepciones ideológicas expuestas en forma extremadamente vaga. Dado el papel de intermediarios en la representación que tienen los partidos, ello afecta gravemente el valor epistémico del sistema bajo la concepción deliberativa de la democracia [644].

Las deformaciones que ha sufrido el procedimiento democrático hasta 1983 hace más difícil apreciar el impacto del sistema electoral sobre la dinámica política argentina. De todos modos, se advierte que el actual sistema proporcional por distrito tiene algún impacto centrífugo en el sistema de partidos, aunque no el suficiente como para neutralizar la presión centrípeta que ejerce el sistema presidencialista: en efecto, mientras el presidencialismo argentino produce una polarización hacia el bipartidismo, el sistema electoral por distritos genera una tendencia contraria, que explica la aparición variable de un tercer partido, de partidos provinciales y de algunas agrupaciones menos relevantes. Por otra parte, los legisladores del partido oficialista suelen adoptar una actitud sumisa hacia el presidente y los legisladores de la oposición suelen tomar una actitud fuertemente adversa hacia el Poder Ejecutivo.

Esto se relaciona con el debilitamiento del papel del Congreso argentino. A decir de De Vergottini, el Parlamento cumple en las democracias pluralistas básicamente dos funciones: la función de orientación política y la función de control. Ambas se han debilitado desde la sanción de la Constitución histórica. A la función de gobierno ya nos hemos referido y no es el caso extendernos aquí sobre el debilitamiento de los controles; aunque sí es menester referir que el notorio incremento de las funciones y competencias del Estado no ha sido acompañado por un proporcionado reforzamiento de controles y garantías, como ha señalado con insistencia el destacado constitucionalista Jorge Reinaldo Vanossi [645].

Conforme a una serie de indicadores de conflicto entre Ejecutivo y Legislativo elaborados por Molinelli, la relación entre el Congreso y el presidente fue de adversidad desde el mandato de Figueroa Alcorta hasta el de Castillo (con un registro mayor durante la presidencia de Yrigoyen) y desde la presidencia de Frondizi hasta la de Alfonsín, aunque este carácter conflictivo implicaba un equilibrio de fuerzas en el primer período indicado, mientras que en el segundo período el conflicto estaba marcado por una clara superioridad del presidente [646].

[641] CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA, *Dictamen preliminar...* y *Segundo dictamen...*, cits. Los *Dictámenes* de la Comisión Asesora de 1971, por su parte, han sido publicados por el Ministerio del Interior de la República Argentina.

[642] LINZ, Juan, "Democracia presidencialista o parlamentaria. ¿Hay alguna diferencia?", en *Consejo para Consolidación de la Democracia. Presidencialismo versus parlamentarismo*, ps. 19 y ss.

[643] NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires.

[644] NINO, Carlos S., *Fundamentos...*, cit.

[645] VANOSSI, Jorge R. A., *Teoría constitucional*, vols. 1 y 2, Depalma, Buenos Aires. Véase también del mismo autor, *El Estado de Derecho en el constitucional*, Eudeba, Buenos Aires.

[646] MOLINELLI, Guillermo, "President-Congress Relations in Argentina (1960-1990)", ponencia presentada en el XIV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política.

5. El Poder Ejecutivo en la reforma constitucional de 1994. La cuestión de la "reelección presidencial"

El pensamiento de Nino y las propuestas del "Consejo para la Consolidación de la Democracia" no encontraron mayor entusiasmo entre los constitucionalistas argentinos que siguieron viendo en el sistema presidencialista una institución más cercana a nuestras costumbres y antecedentes históricos. En dos artículos publicados en el diario *La Nación* de Buenos Aires, el Dr. Jorge Reinaldo Vanossi advirtió —polemizando con la tesis propuesta por Nino— sobre la necesidad de asegurar la independencia y el fortalecimiento de los poderes para que funcione efectivamente el sistema de controles que es propio del sistema presidencialista. En un trabajo posterior a la reforma constitucional, el mismo autor reiteró esa posición parafraseando al filósofo español José Ortega y Gasset, para quien era mejor pensar en modificar los "usos" que limitar los "abusos" [647].

La idea del "presidencialismo mitigado" ha encontrado, sin embargo, su cauce en la reforma constitucional de 1994, por razones que obedecen más a la dinámica política que a los antecedentes jurídicos. El "Pacto de Olivos" entre el presidente Carlos Menem y el ex presidente Raúl Alfonsín abrió las puertas de una reforma constitucional buscada por el oficialismo con el indisimulado propósito de obtener la reelección del presidente y vicepresidente de la República, vedada en el texto originario de 1853 que fijaba un período de seis años, sin reelección inmediata, aunque con la posibilidad de una nueva elección si había transcurrido un período, como ocurrió efectivamente en los casos de Julio A. Roca y de Hipólito Yrigoyen, únicos presidentes argentinos reelectos bajo el sistema de la "Constitución histórica", con la salvedad de que, mientras Roca pudo completar su segundo mandato, afirmado en su condición de caudillo del conservadorismo, el caudillo radical Yrigoyen fue derrocado a poco de iniciarse su segundo mandato por la revolución militar-nacionalista de 1930. Juan Domingo Perón, quien también fue reelegido y no pudo culminar su segundo mandato al ser derrocado por la Revolución Libertadora en 1955, lo fue en virtud de la Constitución peronista de 1949, un texto inspirado en el "constitucionalismo social", hecho a medida del caudillo que tenía amplias mayorías pero que no pudo superar los requisitos formales de la "Constitución histórica" en cuanto a las mayorías necesarias para producir esa reforma; motivo por el cual, una vez derogada la Constitución de 1949, su ilegitimidad no fue jamás subsanada, ni aun tampoco por la reciente reforma de 1994 realizada durante el mandato de un gobierno "justicialista".

[647] VANOSSI, Jorge R. A., "¿Régimen mixto o sistema híbrido? El nuevo presidencialismo argentino", en *Comentarios a la reforma constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1995.

El tema de la "reelección presidencial" ha sido un fantasma que ha sobrevolado con frecuencia en el presidencialismo argentino, posiblemente fundado en aquel principio natural a la condición humana de tratar de permanecer en el poder durante el mayor tiempo posible, descripto con maestría por Maquiavelo al dar nacimiento a la ciencia política con su obra sobre los principados y que el profesor Alberto Antonio Spota en un profundo y meditado trabajo sobre la naturaleza del poder y la relación entre "lo jurídico" y lo "político" explica diciendo que al poder político no se lo declama, sino que se lo ejerce. Y que el primer objetivo, una vez alcanzado el poder, consiste en permanecer en el mismo durante todo el tiempo que sea posible [648]. Tal vez por conocer la tradición caudillista latinoamericana, y por haber experimentado los largos años de la "tiranía" de Juan Manuel de Rosas durante el siglo XIX, Alberdi era contrario a cualquier reelección, sea inmediata o después de un período presidencial; aun cuando los constituyentes de 1853 consagraron esta última formula. La limitación temporal del mandato era así una de las restricciones que compensaba la suma de poderes otorgada al presidente.

El ejemplo extranjero más traído para fundamentar la idea de la reelección presidencial fue, una vez más, la Constitución de los Estados Unidos. Se dijo así que un mandato de cuatro años ponía a prueba las cualidades del presidente y que si ese presidente ratificaba la confianza del electorado en una nueva elección, al fin y al cabo elevar el mandato a ocho años en lugar de seis como el plazo de la Constitución de 1853 no significaba agravar tanto las cosas. Al fin y al cabo, se decía, las democracias más desarrolladas de Occidente admiten la reelección de sus ejecutivos. Otro argumento muy usual fue el de la unificación de los mandatos del presidente con los mandatos del Poder Legislativo a fin de hacer coincidir las fechas de elecciones y verse en la obligación de consultar con tanta frecuencia a la ciudadanía. De modo que las propuestas de reformas proponían también acortar a cuatro años el mandato de los senadores que de acuerdo con la Constitución de 1853 tenía una duración de seis años. Como antecedente de la propuesta, la reforma provisoria de 1972, que fue realizada por el gobierno *de facto* del general Lanusse como transición hacia la recuperación democrática que culminó en el regreso del peronismo —y del propio Perón— en 1973, previó la reelección presidencial y el acortamiento de los mandatos legislativos, aun cuando no se llegó a cumplir un mandato presidencial porque la viuda del presidente fallecido en 1974, Isabel M. de Perón, fue derrocada por un nuevo golpe militar en marzo de 1976.

En el proyecto elaborado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia durante la presidencia de Raúl Alfonsín — que no llegó a con-

[648] SPOTA, Alberto A., *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Plus Ultra, Buenos Aires.

cretarse en una reforma— se proponía también una sola reelección con mandatos de cuatro años y, por decisión del propio presidente en ejercicio, se establecía que la reforma no afectaría los términos de su propio mandato, atento a que el mismo surgía de una elección realizada bajo la vigencia de la Constitución anterior. No fue esto lo que ocurrió en el caso actual porque el presidente Menem fue elegido bajo la vigencia de la Constitución de 1853 para un mandato de seis años —sin reelección— y producida la reforma de 1994 obtuvo la reelección por un nuevo período de cuatro años, conforme fue aclarado en el capítulo correspondiente a las "disposiciones transitorias" [649].

La Constitución argentina pertenece a la categoría de "Constitución rígida", si seguimos la clasificación de Bryce, en cuanto al sistema de reforma, ya que se requiere la convocatoria de una "Convención Constituyente" y que, previamente, el Congreso declare la "necesidad" de la reforma, indicando los puntos a reformarse, para lo cual es necesaria una mayoría de 2/3 de los miembros totales de cada Cámara. La rigidez de este sistema dificulta enormemente la posibilidad de reformar la Constitución y a pesar del manifiesto interés del gobierno de Menem por lograr la reelección no se tenía la mayoría necesaria en la Cámara de Diputados, razón por la cual el gobierno estaba forzando la realización de una "consulta popular vinculante" para forzar la voluntad de los legisladores. En tales circunstancias es cuando se produce el denominado "Pacto de Olivos" que al ser ratificado por el partido justicialista y por el partido radical —con profundas disidencias— abrió las puertas a las mayorías necesarias para la reforma constitucional.

La reforma constitucional argentina de 1994 se caracterizó por su alto contenido "transaccional", ya que si bien la politización se entiende normal en todo proceso constituyente [650], se dio aquí el caso de un "pacto" que condicionó el contenido mismo de la reforma que se instrumentó en la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma estableciendo una cantidad de temas "habilitados" (art. 3°) y un "núcleo de coincidencias básicas" (art. 2°) que debía ser votado "en bloque" por la Convención Constituyente, bajo pena de nulidad (art. 5°). Esta novedad de votar "en bloque", y en una sola votación, un conjunto muy numeroso de temas planteó serias dudas sobre la legitimidad del procedimiento y el condicionamiento que se estableció para los convencionales constituyentes. La Convención Constituyente, sin embargo, legitimó la disposición al incorporar esa forma de votación en el propio reglamento de la Convención [651].

[649] Cabe aclarar que la unificación de los mandatos de los senadores en la reforma de 1994 no se unificó en cuatro años como lo propusieron los acuerdos de Olivos sino en seis años por decisión del propio Senado al votarse la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional, conforme al sistema "rígido" previsto en el art. 30. Sobre el tema puede verse el libro *La reforma constitucional argentina*, publicado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y, especialmente, el trabajo del Dr. Alberto Antonio Spota sobre "Legalidad y legitimidad de la reforma".

[650] El profesor Alberto Antonio Spota define al poder constituyente como "...poder político que se juridiza al normarse..." (SPOTA, Alberto A., *Lo político...*, cit.).

En ese "núcleo de coincidencias básicas" es donde estuvo contenida la sustancia del acuerdo político que consistió en el interés del oficialismo de obtener la reforma constitucional, por un lado, frente a la intención del radicalismo de "atenuar el hiperpresidencialismo", por el otro, junto a otros aspectos relativos a la "modernización del Parlamento" y a la incorporación de un Consejo de la Magistratura que mejora el procedimiento de designación de los magistrados. En una libre lectura podría arriesgarse que Alfonsín buscó como "moneda de cambio" a la reelección de Menem conseguir incorporar a la Constitución las propuestas que había elaborado el Consejo para la Consolidación de la Democracia.

Las negociaciones posteriores al "Pacto de Olivos" fueron sin embargo desdibujando ese objetivo y el modelo finalmente propuesto estuvo muy lejos de las propuestas "a la francesa" o "a la portuguesa" que propugnaban los *Dictámenes* del Consejo. Se dispuso la creación de un jefe de Gabinete de Ministros (art. 100, CN) que tiene a su cargo la administración general del país, sin embargo una lectura apenas más profunda determina que ni siquiera esa jefatura administrativa le fue concedida, toda vez que la responsabilidad política por la administración continúa en manos del presidente (art. 99).

Esa circunstancia también se advierte en otros aspectos de la norma constitucional; así por ejemplo, el jefe de gabinete tiene actualmente la facultad de recaudar las rentas (art. 100), pero esa facultad es también supervisada por el presidente (art. 99). La debilidad de la figura se acentúa aún más tan pronto se advierte que el pretendido "jefe de gabinete" goza de menor estabilidad que el resto de los ministros-secretarios de Estado. El jefe de gabinete puede ser destituido tanto por el presidente de la Nación como por el Congreso, en tanto que los demás ministros sólo pueden ser removidos por el presidente. Vanossi también ha observado, con razón, que no existe el equilibrio propio de los sistemas parlamentarios en el sentido de que el presidente pueda disolver el Parlamento, como contrapeso de la censura para permitir la decisión del electorado en la formación de un nuevo gobierno [652]. Esta debilidad lleva al propio Vanossi a afirmar que ni siquiera estamos ante un *primus inter pares* y que el Ejecutivo argentino se ha transformado en un sistema "híbrido" [653].

[651] Al respecto véase DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Nación argentina...*, cit.

[652] VANOSSI, Jorge R. A., *Comentarios a la reforma constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1995.

[653] VANOSSI, Jorge R. A., *Comentarios...*, cit.

Sin embargo, los defensores de la nueva figura como Alberto García Lema sostienen que habrá que observar a la nueva figura en el juego de la dinámica política. De ese modo puede ocurrir que con presidentes de gran apoyo popular y personalidad haya jefes de gabinetes de "bajo perfil" en tanto que la figura del jefe de gabinete pueda acrecentarse y asumir roles preponderantes cuando existan crisis políticas de desgaste y pérdida de caudal electoral del presidente [654]. El ejemplo más difundido de esa situación ha sido destacada por Carlos Nino en sus *Fundamentos de derecho constitucional* y corresponde a la crisis posterior a 1987 cuando el presidente Alfonsín perdió el apoyo parlamentario y la mayoría de las provincias en favor del líder peronista Antonio Cafiero, de la fracción "Renovadora" del peronismo. Afirma Nino que si en tal circunstancia hubiera existido la posibilidad de nombrar a Cafiero como primer ministro se hubieran superado muchas consecuencias negativas de la crisis posterior [655].

Otro aspecto importante de la reforma en cuanto al presidencialismo se refiere es la cuestión del régimen electoral. Con anterioridad existía la elección indirecta con colegio electoral, a la manera de la Constitución estadounidense en sus inicios. El Colegio Electoral era sumamente criticable por la "intermediación" que producía entre el cuerpo electoral y los candidatos o elegidos. Correspondía a una concepción clasista o "elitista" de la democracia que daba lugar a posibles "contubernios" o manipulación de la elección. En su reemplazo se ha buscado establecer la elección directa del presidente a través del sistema de doble vuelta, con algunas singularidades propias como que la mayoría requerida para triunfar en la elección no es del 50% como en el *ballotage* francés sino del 45%, con el agregado de que si algún partido obtiene una diferencia superior al 10% respecto del segundo, podrá triunfar con el 40% de los votos válidamente emitidos (excluye votos en blanco e impugnados).

Se ha criticado esta fórmula en tanto se estaría consagrando un presidente que no ha logrado la mayoría absoluta del padrón, defecto que no sustentaba el Colegio Electoral que, además, equilibraba la representación federal de las provincias en la elección presidencial. El actual sistema favorece en cambio la concentración del voto en un país heterogéneo desde el punto de vista de la ocupación poblacional del territorio como es la Argentina. En síntesis, puede ocurrir que con triunfar en los cuatro distritos electorales más importantes (Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba y Entre Ríos) se gane una elección nacional.

[654] GARCÍA LEMA, Alberto, *La reforma por dentro*. Véase también ROSATTI, Horacio (coord.), *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

[655] NINO, Carlos S., *Fundamentos...*, cit.

A pesar de su anunciada intención de "atenuar el presidencialismo", la reforma ha merecido críticas que se suman a la indefinición de muchas instituciones que han quedado libradas a leyes reglamentarias que dependerán de ocasionales mayorías parlamentarias y que el oficialismo no parece demostrar demasiado interés en promover. Ha dicho Pérez Guilhou: "...criticamos la reforma porque afirma en exceso el poder presidencial, poniendo en riesgo su ejercicio por los abusos que suele conllevar el ejercicio continuado de la suma de facultades que hemos enumerado anteriormente" [656]. Por su parte Vanossi sostiene "...En definitiva, el sistema puede demostrar dos variables: puede ocurrir que funcione la figura del jefe de gabinete, o que no funcione. Si no funciona, esa hipótesis vendría a corroborar su innecesidad; y si no funciona, vamos a comprobar que desconcentra, pero no descentraliza. Es claro, por este reparto de competencias, que el jefe de gabinete desconcentrará funciones del presidente, pero no descentralizará el poder. La clave de la cuestión está en la descentralización. Y por lo tanto la figura del jefe de gabinete no sirve para lo que realmente importaba, que era aumentar el control (o aumentar el vigor de un control desfalleciente) y procurar una mayor descentralización política..." [657].

Si resulta difícil tratar un tema tan largo, rico y pleno de matices como la experiencia del presidencialismo en la República Argentina, tanto más lo es el abordar a una síntesis o pretender que una definición puede aportar remedios o sugerencias a maneras de reglas generales. No hemos querido ello, sino simplemente volcar las pinceladas, los lineamientos resultantes de una experiencia histórica, que entendemos el laboratorio válido para las ciencias sociales.

Creo sí, que para las sociedades y los sistemas políticos que se aprestan a ingresar en el tercer milenio no son hoy tan claros los límites clásicos de la separación de los poderes ni las diferencias, técnicas, sutiles, entre "parlamentarismos" y "presidencialismos" que gustamos de estudiar los interesados en el derecho constitucional, como si se tratara de modelos perfectos que, como tales —y como sabemos— no existen. Así ocurre que mientras los sistemas parlamentarios buscan recetas y soluciones en los sistemas presidencialistas, en aquéllos ocurre a la inversa. Y mientras tanto, la dinámica de la realidad, la globalización, la información, la "videopolítica" a decir otra vez de Sartori, siguen superando límites, cada vez menos nítidos, entre el derecho público y el privado, el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial.

Las propias constituciones son también menos esquemáticas. Se han extendido los textos, hay un desapego mayor del normativismo. La reciente reforma constitucional argentina es un ejemplo de globalización jurídica

[656] PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Derecho constitucional...*, cit.

[657] VANOSSI, Jorge R. A., *Comentarios...*, cit.

constitucional. El texto histórico de 1853 se inspiró en la Constitución de los Estados Unidos como aquí está dicho y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, durante largos años ha seguido las líneas jurisprudenciales de la *Supreme Court* de los Estados Unidos. Pero ocurre que en esta reforma reciente los textos constitucionales que más han influido han sido los textos europeos en distintos temas y artículos. La mayor influencia ha provenido de la Constitución española, que como se sabe sostiene un régimen constitucional distinto del argentino.

Mi reflexión se dirige a donde debe centrarse el objetivo, que a mi entender no está en los modelos normativos ni en el afán semántico, sino en qué reglas podemos tomar para afirmar los usos y los comportamientos democráticos frente a los nuevos desafíos: los poderes privados, los grandes poderes económicos, la corrupción en la clase política, un uso responsable de la información. Los desafíos del constitucionalismo siguen siendo los mismos: cómo controlar el poder en defensa de los derechos sagrados y las libertades de los ciudadanos. Hemos evolucionado, es un mundo mejor, hay más libertades, hay más posibilidades, tenemos nuevas fronteras y también nuevos desafíos. Nuestra materia se ha vuelto también más compleja y eso la hace más interesante.

Pero como el derecho constitucional lleva más de doscientos años tiene ya sus reglas que se elevan a la condición de saber científico y una de ellas, tal vez la más sabia y la más importante, es reforzar los controles sobre el poder político para que la libertad impere, más allá de cuál sea el modelo político-constitucional, que dependerá en definitiva como lo enseñara hace muchos años el maestro García Pelayo de la idiosincracia, la historia y las características de cada Nación [658].

6. Requisitos para la elección del presidente y vicepresidente

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, conforme lo establece el art. 89, CN.

La reforma constitucional de 1994 eliminó el requisito anterior de pertenecer a la religión católica apostólica romana. En cuanto a las demás condiciones para ser elegido senador, se remite al nuevo art. 55 (ex 47) donde se establece como requisito la edad de 30 años (para ser elegido), haber sido seis años ciudadano de la Nación y disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente. Este último requisito se encuentra en desuso.

[658] García Pelayo, Manuel, "Derecho constitucional comparado", en *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

El anterior art. 76, CN (actual 89) incluía como requisito que el presidente perteneciera a la comunión católica apostólica romana. Tal condición fue eliminada por la reforma de 1994 para afirmar el pluralismo. Por otra parte, el requisito de pertenencia a tal religión era difícil de comprobar, porque aunque podía considerarse que el bautismo era un requisito objetivo, bien podía suceder que estando bautizado el presidente no fuera católico practicante y que su religiosidad fuera meramente formal, tornándose en un requisito de carácter meramente aparente. La referida supresión no ha eliminado el principio de confesionalidad del Estado argentino ya que se mantiene en el art. 2°, CN, ubicado en la parte dogmática.

Cuando se sancionó la Constitución histórica, el despacho de la Comisión de Asuntos Constitucionales no incluía el requisito ahora suprimido, el que fue agregado a iniciativa del convencional Benjamín Lavaisse, representante de Santiago del Estero y al que adhirieron los convencionales José Benjamín Gorostiaga, Juan María Gutiérrez, Juan Francisco Seguí y Juan Del Campillo. Como se recuerda, el debate sobre la religión católica y la confesionalidad del Estado fue el más importante en la Convención Constituyente originaria.

En consecuencia con lo señalado, también fue modificado el art. 93 en cuanto se refiere a la fórmula del juramento presidencial que en el anterior art. 80 hacía expresa referencia a que el presidente juraba "por Dios Nuestro señor y estos Santos Evangelios". El actual artículo dice que: *"Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento, en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en Asamblea, respetando sus creencias religiosas, de: 'desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina'"*. La nueva redacción ha suprimido la parte final que disponía *"Si así no lo hiciere, Dios y la Nación me lo demanden"*.

7. Elección del presidente y vicepresidente

Siguiendo al modelo estadounidense, la Constitución histórica había establecido en los arts. 81 a 85 el mecanismo de elección del presidente y vicepresidente a través de un modo indirecto con colegio electoral. De ese modo los ciudadanos no votaban directamente a una fórmula sino a un número de electores que después realizaba el escrutinio en Asamblea de las dos Cámaras del Congreso. Una vez reunidos los electores resultaba elegido el candidato que obtenía mayoría absoluta de votos, pudiendo repetirse la elección hasta cuatro veces, y si no se arribaba a un resultado debía elegir la Asamblea Legislativa entre los dos más votados.

La reforma de 1994 modificó el sistema electoral, estableciendo un mecanismo de elección directa que ya se había utilizado bajo la reforma provisoria de 1972 para elegir presidente y vice en 1973. Es de señalar que en nuestro sistema la elección se hace por fórmulas.

El actual art. 94 de la Constitución establece que el presidente y vicepresidente serán elegidos directamente por el pueblo, a cuyo fin todo el territorio nacional conforma un distrito único. El mismo artículo señala que la elección se hará por sistema de "doble vuelta", pero a esa segunda vuelta solamente se recurre cuando ninguna de las fórmulas obtenga el 45% de los votos válidos afirmativos, conforme lo establece el art. 97. Si alguna de las fórmulas supera tal porcentaje, siempre que sea la más votada, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación.

Conforme lo establece el art. 98, tampoco se recurrirá a la segunda vuelta si la fórmula más votada obtiene el 40% de los votos, pero tiene una diferencia de 10%, calculada sobre el total de los votos emitidos afirmativamente, respecto de la fórmula que le siga en número de votos. En los demás casos debe acudirse a una segunda vuelta electoral entre las dos fórmulas de candidatos que hubieran obtenido más votos en el primer acto electoral, conforme lo establece el art. 96. La segunda vuelta debe tener lugar dentro de los treinta días de realizada la anterior. Respecto del momento de la elección presidencial, el art. 95 establece que ella se hará efectiva dentro de los meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio.

Cuando regía entre nosotros la elección indirecta para presidente y vicepresidente de la Nación solían alzarse las voces contra un sistema que no respetaba fielmente la voluntad del electorado; en efecto, en realidad los ciudadanos elegíamos un conjunto de electores con relación a las bancas legislativas que correspondían a cada distrito (provincias y ciudad de Buenos Aires) y eran esos electores quienes finalmente resolvían la elección. A veces en la historia el resultado de la elección fue producto de un consenso en el colegio electoral, como ocurrió en la elección de Sarmiento o en los acuerdos entre Mitre y Roca. Tales *contubernios* fueron, sin embargo, mitigados a medida que los partidos políticos afirmaron la disciplina partidaria.

Desde hace ciento cincuenta años se utilizó ese sistema hasta hace relativamente poco tiempo, cuando se reformó la Constitución en 1994 y se adoptó el sistema de elección directa con doble vuelta, con la sola excepción de la elección de 1973 en que la fórmula Cámpora - Solano Lima se impuso por elección directa. La reforma contó con el fuerte apoyo de los partidos políticos mayoritarios con el propósito de fortalecer la legitimidad democrática del presidente por elección popular. La gobernabilidad de los sistemas presidencialistas depende en parte de que el presidente electo goce de una legitimidad popular importante y de que una porción importante del Congreso colabore aprobando las leyes.

En los Estados Unidos se sigue utilizando el colegio electoral desde hace más de doscientos años. Allí el candidato que obtiene la mayoría simple en un estado por lo general merece el voto de todos sus delegados y el que obtiene el voto de la mayoría de los delegados en el colegio electoral ocupara la primera magistratura. En las elecciones presidenciales del año 2000 se evidenció que el esquema de selección de delegados por estado —en el que el candidato que obtuvo la mayoría simple recibe el voto de todos los representantes de ese estado— hace posible que un candidato gane la mayoría de los votos en el nivel nacional, pero no sea el elegido para ocupar la presidencia, como ocurrió en el caso de Gore y de Bush, finalmente resuelto por una sentencia de la Suprema Corte.

Ese mecanismo tiene una impronta histórica que se remonta a la desconfianza que mostraban los "padres fundadores" en los Estados Unidos hacia las mayorías populares que pretendieran ejercitar cualquier forma de democracia directa; tenían muy presentes los excesos del asambleísmo francés y a Robespierre y sus "jacobinos"; de allí que el gran invento de la Constitución norteamericana fuera el gobierno representativo. Nuestra Constitución Nacional se forjó sobre el mismo modelo en el art. 1° que concibe una república representativa, y en el art. 22 cuando afirma que *el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes*.

En la visión de James Madison, debían conformarse algunos contrapesos que preservaran a las minorías de los *farmers* de eventuales tiranías de las mayorías. La conformación de un Poder Judicial independiente y no electivo era una de esas garantías, también lo eran la elección indirecta de los senadores a través de sus respectivas legislaturas y la elección del presidente y vice por el colegio electoral. Alexander Hamilton escribiría en el nro. 68 de *El federalista:* "La elección inmediata debería ser hecha por los hombres más capaces de analizar las cualidades ajustadas al puesto, y actuar en circunstancias favorables a la deliberación, y a una combinación sensata de todas las razones que fueran apropiadas para gobernar su elección". Algunos encuentran el fundamento del colegio electoral en el sistema alemán de electores imperiales y en el colegio cardenalicio que designa al Papa.

Es paradójico que el viejo colegio electoral genere polémicas en ambos extremos del continente. En el caso de los Estados Unidos no han faltado las voces que promuevan su supresión a favor de un sistema de elección directa. Una encuesta de Gallup realizada en 1968 preguntaba: ¿Estaría de acuerdo o en desacuerdo con una enmienda de la Constitución que suprimiera el colegio electoral y basara la elección del presidente en el voto total de toda la Nación? El 81% estuvo de acuerdo, el 12% en desacuerdo y el 7% no expreso ninguna opinión.

En nuestro caso, por el contrario, no faltan quienes han considerado la conveniencia de restablecerlo. El fundamento para su retorno es el mismo que sostiene su mantenimiento en el país del norte: el equilibrio político entre los estados (en nuestro caso provincias).

Los números son elocuentes: nuestro país registra un total de 25.567.960 electores habilitados para votar, conforme al último padrón definitivo. De ellos, solamente 9.497.049 corresponden a la provincia de Buenos Aires, 2.588.735 a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2.247.444 a la provincia de Córdoba y 2.234.151 a la provincia de Santa Fe; de manera que cuatro distritos superan los 16.000.000 de electores. En el otro extremo, Tierra del Fuego registra solamente 71.216 ciudadanos habilitados para votar, Santa Cruz 130.272, La Rioja 191.105, Catamarca 219.817 y La Pampa 223.802; de donde resulta que la influencia de las provincias chicas es escaso en la elección presidencial.

Al mismo tiempo, la reforma en el sistema de elección de senadores nacionales, conforme al art. 54, CN ha pasado de la elección indirecta por las legislaturas provinciales a la elección directa por el pueblo de cada provincia y de la ciudad de Buenos Aires asignándose las bancas por partido conforme un sistema de lista incompleta.

Frente a ello, la elección directa afirma notablemente el nivel de legitimidad popular obtenido por el presidente electo como consecuencia del margen con que ganó los comicios. Por ejemplo, un presidente que consigue el 60% de los votos en la primera vuelta, con una ventaja importante, comienza su mandato con mayor legitimidad popular y apoyo político que el que llega al poder con porcentaje de votos reducido.

En los últimos veinte años muchos países reformaron los sistemas de elección del presidente, siendo la tendencia más clara el cambio de sistema de mayoría simple a métodos de mayoría absoluta con segunda vuelta. Es difícil emitir un juicio riguroso sobre el impacto real de los sistemas con segunda vuelta. En la mayoría de los casos, el tiempo transcurrido desde que fueron adoptados no es suficiente para evaluar su impacto potencial en la fragmentación del sistema de partidos a largo plazo ni en cuanto al efecto inmediato de fortalecer al presidente electo.

CAPÍTULO XVIII

EL PRESIDENTE Y LOS MINISTROS

1. Atribuciones del Poder Ejecutivo

El art. 99, CN es el que establece las competencias expresas que la Nación hecha ley concede a su presidente o titular *unipersonal* del Poder Ejecutivo. El presidente tiene la facultad de designar ministros secretarios de Estado que refrendan sus actos y en quienes puede delegar parte de su tarea. El ejercicio de las competencias dentro de la órbita del Poder Ejecutivo ha sido objeto de algunas modificaciones con la introducción de la figura del jefe de Gabinete de Ministros en el art. 100, CN. También la reforma de 1994 modificó otros incisos del anterior art. 86 (actual 99) en el sentido que más abajo sigue.

La expresión *"jefe supremo de la Nación"* con que el inc. 1° del art. 99 designa al presidente, se remonta en la historia a la presidencia del general Justo José de Urquiza. En el mismo inciso se consagran las jefaturas ejercidas por el presidente al señalarse que —además de jefe de Estado— es jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país. Al referir las jefaturas ejercidas por el presidente, el inciso resume en buena medida el alcance de los poderes del presidente. La doctrina de los administrativistas ha fundamentado en el inc. 1° la denominada "zona de reserva" del Poder Ejecutivo en cuanto a las funciones que competen al mismo como jefe de la administración. La reforma de 1994, por su parte, ha delegado en el jefe de Gabinete de Ministros el ejercicio de la administración general del país (art. 100, inc. 1°). Sin embargo, es el presidente de la Nación quien detenta la "responsabilidad política" de tal función. Debe entenderse que tiene también responsabilidad jurídica en tanto la misma deriva de la norma constitucional y no se encuentra limitada a una cuestión meramente fáctica. Las grandes atribuciones que la Constitución Nacional concede al presidente se ven reflejadas en este inciso que le otorga no solamente la "jefatura del Estado", sino también la "jefatura de gobierno". En algunas constituciones europeas esas funciones están separadas, de modo tal que el rey (Inglaterra, España, Holanda) o el presidente (Francia, Italia) detentan la jefatura del Estado, en tanto que la jefatura del gobierno es ejercida por el primer ministro (ej.: Inglaterra, Francia) o el presidente del gobierno (España).

Es esencial al modelo presidencialista con división de poderes, como el de nuestra Constitución, la delimitación de funciones específicas de cada poder. Al Congreso corresponde dictar las leyes, en tanto que es al órgano representativo donde se expresa la "voluntad general", en el lenguaje utilizado por Rousseau en el *Contrato social*. Es al Poder Ejecutivo a quien compete hacer cumplir las leyes y —en su caso, reglamentarlas— en tanto que al Poder Judicial es a quien compete aplicar las leyes a los casos concretos dirimiendo los conflictos. Así como el presidente no puede ejercer funciones judiciales (art. 109), tanto menos tampoco puede arrogarse competencias legislativas que no posee.

Apartándose del modelo estadounidense, nuestra Constitución histórica estableció en el anterior art. 86, inc. 2° que el presidente 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. El antecedente de esa norma fue la Constitución de Cádiz de 1812 que reservaba la facultad reglamentaria de las leyes para el monarca. La potestad reglamentaria se encuentra limitada por el principio de *razonabilidad de las leyes* que surge del art. 28 del texto constitucional. Sin embargo, en la práctica, el abuso de tales facultades ha derivado en las actividades paralegislativas del Poder Ejecutivo sobre todo cuando se invocan situaciones de emergencia para legislación delegada o para emitir reglamentos de necesidad y urgencia.

En los últimos tiempos se hizo frecuente en nuestro país el dictado de "reglamentos de necesidad y urgencia" con alcance general al igual que las leyes. Parte de la doctrina administrativista justificó su práctica cuando mediaran situaciones excepcionales de especial gravedad y no fuera posible reunir al Congreso. Los autores de derecho constitucional, en su mayoría, negaron la legitimidad de una práctica que se hizo cada vez más frecuente en el proceso de transformación económica y que contó con el respaldo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Peralta Luis v. Estado nacional s/amparo".

La reforma ha establecido carácter restringido a una herramienta de carácter excepcional que queda limitada a algunas materias específicas. Además se establece un procedimiento especial para el caso con intervención del ministro jefe de gabinete y la Comisión Bicameral Permanente.

La atribución constitucional al presidente de la Nación de nombrar a los jueces, con acuerdo del Senado, subsiste solamente respecto de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para el resto de los jueces federales e integrantes de Cámara de Apelación en el orden federal se ha previsto un mecanismo previo de selección consistente en la conformación de una terna por parte del Consejo de la Magistratura, debiendo la sesión del

Senado en la que se otorgue el acuerdo respectivo, revestir el carácter de una sesión pública. La intervención del Consejo de la Magistratura previsto en el art. 114 en cuanto a su competencia para la selección de magistrados, tiene por objeto disminuir la influencia de la política en las designaciones, dando prevalencia a las condiciones técnicas e idoneidad de los postulantes a través de la sustanciación de concursos de oposición y antecedentes.

El mismo inc. 4° estableció la necesidad de un nuevo acuerdo cuando los jueces federales alcanzaren la edad de 75 años. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Fayt" declaró la nulidad de dicha incorporación reformista al interpretar que tal disposición contraría el principio general de la inamovilidad de los magistrados prevista en el art. 110 cuando establece que los jueces conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta. La decisión de la Corte implicó un criterio amplio de control sobre el poder constituyente reformador que en el caso "Soria de Guerrero" (1958) ya se había aplicado sobre el procedimiento formal de la reforma. En el caso "Fayt" también sostuvo el Alto Tribunal que la incorporación efectuada por el constituyente para limitar la edad de los jueces no fue un tema habilitado por la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional.

El inc. 7°, al tratar del nombramiento y remoción de embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado, a los ministros de su despacho, oficiales de su secretaría, agentes consulares y empleados; incorpora una de las grandes novedades de la reforma constitucional de 1994: la designación del jefe de Gabinete de Ministros, que estará a cargo del presidente de la Nación como facultad propia. Volveremos sobre el punto al referirnos al jefe de gabinete en los términos en que lo han incorporado los arts. 100 y 101, CN. El jefe de gabinete es nombrado por el presidente pero puede ser removido, ya sea por el propio presidente como por una mayoría calificada de ambas cámaras del Congreso nacional. Asimismo, en el inc. 17, la obligación que tienen los ministros de dar informes al presidente —único titular del Poder Ejecutivo— se extiende al ministro jefe de gabinete, quien debe cumplir con la misma obligación.

La redacción del inc. 11 antes de la reforma disponía que la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso se realizaría en la sala de sesiones del Senado; circunstancia que no podía cumplirse por cuestiones de espacio físico; siendo de práctica que la reunión de las dos cámaras en Asamblea Parlamentaria tenga lugar en el recinto de la Cámara de Diputados. De modo que el nuevo inc. 8° ha actualizado esa circunstancia cuando se refiere a la apertura anual de las sesiones.

El inc. 10 encomienda al presidente la "supervisión" de la recaudación de las rentas de la Nación, toda vez que la facultad recaudatoria corresponde

ahora por imperio constitucional al jefe de Gabinete de Ministros. Por su parte, en el inc. 11 del mismo art. 99 se actualizó la terminología en cuanto a las facultades que tiene el presidente de conducir la política exterior de la Nación, firmando tratados, concordatos y "otras negociaciones", no solamente con otras naciones sino también con organizaciones internacionales que aparecen como nuevos sujetos del derecho internacional (ONU, OEA; Unión Europea, etc.). En ese marco es que se derivan las competencias constitucionales del presidente para actuar en la negociación de la deuda externa.

En el caso de los incs. 12 y 13 se ha actualizado la terminología, habida cuenta de que el anterior inc. 15 determinaba que el presidente era comandante en jefe de las Fuerzas "de mar y de tierra" pero no mencionaba a la Fuerza Aérea. En la Constitución de la Nación Argentina, las Fuerzas Armadas están sometidas al mando de los poderes creados por la Constitución: al Congreso en cuanto a su organización y al Ejecutivo en cuanto a su mando y conducción. La jefatura de las Fuerzas Armadas es una de las jefaturas que detenta el presidente.

El transcurso del tiempo y el cambio de características y posibilidades de los medios de transporte ha llevado a modificar el anterior inc. 21 del art. 99 por el texto del actual inc. 18 donde se establece que el presidente necesita para salir del país la misma autorización que antes de la reforma requería para salir del territorio de la Capital Federal, aunque esa última práctica se encontraba totalmente en desuso. El inc. 19 se refiere a los nombramientos en "comisión" cuando hubiere vacantes en los empleos públicos; pero los mismos solamente se justifican en circunstancias verdaderamente excepcionales y limitadas; ya que la falta de "acuerdo" senatorial en la designación de jueces conspira contra el requisito de estabilidad e inamovilidad de los magistrados a que hace referencia el art. 110.

2. La potestad reglamentaria

Si bien se ha hecho ya referencia a este tema al tratar sobre la formación y sanción de las leyes, conviene volver a detenerse en una cuestión tan importante, que se relaciona con la *expansión* que se viene verificando de las potestades reglamentarias en el Poder Ejecutivo en la mayor parte de los países occidentales.

A pesar de que el sistema de separación de poderes ideado por Montesquieu asignó la potestad de dictar normas de alcance general, abstractas, destinadas a todos los ciudadanos el Poder Legislativo, como más genuino representante de la soberanía popular y como el órgano donde se conforma la *voluntad general* (en términos rusonianos), lo cierto es que hay una cantidad de factores que han contribuido a expandir los reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo.

En Francia la profusión de reglamentos administrativos fue paralela a la expansión del concepto de *servicio público* después de la Primera Guerra Mundial. El Estado social de Derecho influyó en que el Estado y especialmente el Poder Ejecutivo se involucrara en una gran cantidad de actividades que antes estuvieron en manos de los particulares. Por otra parte, la complejidad técnica, cada vez mayor, de las cuestiones de Estado fue en mengua de la generalidad de los Congresos y Parlamentos y a favor de los equipos especializados que por lo general funcionan en la órbita de los ministerios y de la actividad centralizada y descentralizada del Poder Ejecutivo nacional.

La Constitución de 1853 contempló una sola categoría de reglamentos en el art. 86, inc. 2° (actual 99, inc. 2°) que sostiene que entre las atribuciones del presidente se encuentra la de expedir "*las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias*".

Esa facultad consagra los llamados *reglamentos de ejecución* que no se encuentran previstos en la Constitución de los Estados Unidos, ya que Alberdi tomó el antecedente de la Constitución de Cádiz de 1812 que preveía que tal facultad reglamentaria pudiera ejercitarla el monarca en el caso de su restauración. En la Constitución de los Estados Unidos, la división de poderes fue más estricta y no se contempló esa posibilidad, aunque sí fue frecuente la práctica de la delegación legislativa.

Cuando el art. 99, inc. 2° permite la facultad reglamentaria del presidente para aclarar el sentido y alcance de las leyes, es decir para fijar las cuestiones de talle en la aplicación de la ley, se pone el acento en la parte final del inciso sobre que tal actividad reglamentaria no puede "alterar el espíritu de la ley", es decir que no puede contradecir la norma superior como lógica derivación del principio de supremacía del art. 31, CN y como aplicación de la regla de la *razonabilidad* que manda una adecuada proporción entre los hechos, las normas y la Constitución. Las manifestaciones de tales principios se encuentran en el art. 28, respecto de las leyes, en el art. 27, respecto de los tratados internacionales y en el art. 99, inc. 2°, respecto de los reglamentos administrativos.

Cabe dejar sentado que las normas que dicta el Poder Ejecutivo se denominan decretos, siendo que los mismos son decretos reglamentarios o reglamentos, cuando tienen alcance general. Esa materia se encuentra regulada en la Ley de Procedimientos Administrativos.

Sin perjuicio de los reglamentos de ejecución, la doctrina nacional ha reconocido otras tres categorías de reglamentos administrativos, de manera que, en total, suman cuatro, a saber:

a) Reglamentos de ejecución (art. 99, inc. 2°).

b) Reglamentos autónomos (art. 99, inc. 1°).

c) Reglamentos delegados (art. 76).

d) Reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3°).

La doctrina del derecho administrativo ha contribuido en buena medida a esta clasificación, toda vez que la misma se encarga del estudio de la Administración Pública y particularmente del Poder Ejecutivo como poder del Estado que tiene a su cargo la administración general del país. Además las otras tres categorías de reglamentos son frecuentes en los países europeos como Francia, España e Italia donde el derecho administrativo ha alcanzado gran desarrollo. Por esa misma razón, algunos autores del derecho constitucional han negado la validez de las tres últimas categorías de reglamentos señalando que en la Constitución sólo figuraba la primera. La reforma constitucional de 1994 incorporó los *reglamentos delegados* y los *reglamentos de necesidad y urgencia*.

Los *reglamentos autónomos* son aquellos que se dictan en el área interna de la Administración Pública nacional y que no alcanzan ni al resto de la población ni a los otros poderes del Estado. Como ejemplo puede citarse al estatuto de la función pública. La Ley de Ministerios, en cambio, debe ser dictada por el Congreso porque los ministros están previstos en el texto constitucional y la Constitución se reglamenta conforme a las leyes (art. 14, CN). El fundamento de los reglamentos autónomos en el inc. 1° del art. 99 cuando dice que el presidente de la Nación "*Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país*". De ahí la doctrina ha establecido que existe una "zona de reserva" propia del Poder Ejecutivo, así como hay una de reserva propia del Legislativo (art. 75, inc. 32) y en el Poder Judicial (arts. 116 y 117).

Los *reglamentos delegados* fueron admitidos progresivamente por la jurisprudencia con carácter restrictivo ya que se requería la existencia de un *standard inteligible* que determinará en qué marco y con qué condiciones el Poder Ejecutivo podía ejercitar la facultad delegada, entendiéndose que no se delegaba el poder de legislar sino la facultad de determinar las cuestiones de detalle. En el caso "Delfino" se distinguió entre la delegación para hacer la ley y la potestad para reglamentarla, con lo que se asimiló tal competencia con la ya establecida en el art. 99, inc. 2°. En el caso "Mouviel" se fijó un límite respecto de algunas materias que no pueden delegarse, como v.gr., la materia penal. En el caso "Cocchia" la facultad reglamentaria se extendió de manera notable, lo que motivó la sanción del art. 76, CN como búsqueda de un límite. La inclusión en la Constitución lo fue para casos excepcionales de administración y de emergencia, de donde su interpretación debe ser restrictiva.

Los *reglamentos de necesidad y urgencia* son otro ejemplo de una práctica muy extendida que se incluyó expresamente en la Constitución Nacional en el art. 99, inc. 3° a los efectos de limitar su ejercicio. Al igual que la categoría anterior, son institutos de emergencia que se complementan, de manera que el principio es la prohibición de las facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo bajo pena de nulidad insanable, pero se los habilita por razones de verdadera necesidad y urgencia mediante un procedimiento especial que no ha sido implementado y de manera restrictiva. Debe relacionarse esta categoría con la anterior, de manera que en ambos casos quedan prohibidos en materia penal, tributaria, electoral y de partidos políticos.

La inclusión de estas últimas dos categorías por parte del constituyente respondió a su gran utilización sobre todo a partir de la denominada reforma del Estado en los años 90 donde comenzó a verificarse un verdadero traspaso de competencias legislativas al Poder Ejecutivo, desdibujándose a veces los límites de la división de poderes cuando no es el Congreso quien hace la ley, sino que se invierte el procedimiento y la ley la hace el Ejecutivo, quedando sancionada si el Congreso no se opone.

Este tema ha sido ampliamente tratado cuando nos referimos al mecanismo de formación y sanción de las leyese en la parte de Poder Legislativo y en Poder Judicial al referirnos a la doctrina sobre la emergencia, a los que nos remitimos a sus efectos.

3. Acefalía presidencial

El art. 88, CN establece que 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 inhabilitación 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.

Se trata de una competencia del Congreso, que en distintas oportunidades ha sido reglamentada por vía legislativa. Las causas de acefalía son de distinta naturaleza y con diferentes soluciones, conforme haya o no vicepresidente. Puede asimismo tratarse de causales transitorias o definitivas, que definirán si el presidente regresa al cargo.

La Constitución Nacional prevé la situación extrema en la que el Poder Ejecutivo no pueda ser ejercido ni por el presidente ni por el vicepresidente, es decir por ninguno de los dos funcionarios electos, previstos constitucionalmente para ello, concediendo al Congreso de la Nación, como poder representante de la voluntad popular, la facultad de determinar el funcionario que asumirá la presidencia en esas circunstancias. Algunos autores llaman a esa situación *doble acefalía*.

Se ha planteado la cuestión de si la acefalía puede reglamentarse por ley en cuanto a sus alcances, tal es la posición sustentada por Linares Quin-

tana y González Calderón, o si debe ser ejercida por el Congreso tal facultad toda vez que se produzcan las circunstancias señaladas en el art. 88, como lo han sostenido Agustín de Vedia y Sánchez Viamonte. Para otros autores, como Bidart Campos, ambas soluciones son posibles y admisibles en el marco de nuestra Constitución, porque hacen a la funcionalidad del sistema.

Con la muerte del vicepresidente Marcos Paz el 2/1/1868 y encontrándose el entonces presidente Bartolomé Mitre en la guerra del Paraguay y el Congreso en receso legislativo, el gabinete asumió el gobierno hasta el regreso del presidente; en tales circunstancias se dictó la primera ley de acefalía 252. Las discusiones en cuanto a la constitucionalidad de una ley reglamentaria volvieron a plantearse con la ley 20.972 de 1975.

Ante la falta de presidente y vicepresidente (doble acefalía) se debía nombrar un encargado del Poder Ejecutivo en el siguiente orden: presidente provisional del Senado, presidente de la Cámara de Diputados y presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien debería convocar a la Asamblea Legislativa dentro de las cuarenta y ocho horas de producida la acefalía; siendo elegibles quienes reunieran las cualidades constitucionales del art. 89, CN y se desempeñaren como senador, diputado o gobernador de provincia.

La ley 20.972 fue modificada por la ley 25.176 del año 2003, cuyo art. 4° dispuso que si hubiera un presidente y vicepresidente electos al momento de producirse una acefalía, el plazo que ellos completaren del mandato pendiente no se computaría como parte de su mandato de cuatro años.

4. El gabinete y los ministros del Poder Ejecutivo

Es una institución peculiar dentro de nuestro sistema constitucional, toda vez que el Poder Ejecutivo tiene carácter *unipersonal* y se concentra en el presidente de la Nación. De ese modo, el gabinete como tal no se encuentra previsto en nuestro modelo constitucional que es la Constitución de los Estados Unidos, aunque desde el principio existe la práctica de reunir "en gabinete" a los responsables y jefes de cada una de las áreas de la administración.

En los Estados Unidos, el gabinete es desconocido por el texto constitucional. Sin embargo, Washington comenzó a reunir a los distintos jefes de departamento a partir de 1793. La práctica de reunir en "gabinete" a los jefes de las distintas áreas de la administración en los Estados Unidos, incluyendo al secretario de Estado y demás secretarios (del Tesoro, de Defensa, etc.) incluyó también en los primeros tiempos al director de Correos, habida cuenta de la importancia del correo como organismo federal. De tal tradición resulta también que nuestra Constitución Nacional mencione al correo en el art. 4°.

En esencia, se trata de un cuerpo ejecutante de las directivas y órdenes del presidente, al que normal y regularmente le pide consejo, pero son que

esté obligado a seguirlo y sin que sea no ya la única sino ni siquiera la principal fuente de asesoramiento político del presidente. La relación con el Congreso se verifica a través de informes ante las comisiones, pero sin que en ningún caso —salvo en encuestas y a los departamentos del Tesoro e Interior— se les pueda obligar a ello si cuentan con el apoyo del presidente[659].

En rigor, en el derecho constitucional comparado, el gabinete es una institución propia de los sistemas parlamentarios donde el "gobierno de gabinete", dependiente del Parlamento tiene como misión fundamental la dirección política del país y está compuesto por cierto número de ministros, nombrados por el primer ministro. En aquellos sistemas, todos los ministros integran el gobierno y son, a su vez y ante todo, parlamentarios que integran el gobierno por provenir de la mayoría. Así por ejemplo, en Gran Bretaña, el gabinete se compone de los "ministros principales de su Majestad".

Nuestra Constitución Nacional, antes de la reforma no mencionaba al gabinete sino a los ministros en el actual art. 102, a partir de allí la doctrina elaboró el concepto de gabinete por las reuniones de los ministros con el presidente. Un antecedente del gabinete se encuentra en 1868, cuando ante la muerte del vicepresidente, Dr. Marcos Paz, y la ausencia del presidente Mitre, jefe de las tropas aliadas en la guerra de la Triple Alianza, el gabinete se reunió y asumió el gobierno, ya que no existía aún una ley de acefalía presidencial. La reforma constitucional de 1994 le otorgó jerarquía constitucional al mencionarlo expresamente en los incs. 4°, 5° y 6° del art. 100, CN.

Asimismo, cuando el Dr. Marcelo T. de Alvear era presidente de la Nación y transcurrían los tiempos más prósperos de la República, se decía en la opinión pública que el gobierno estaba entonces integrado por "ocho presidentes y un secretario general —el propio presidente—" tal era el prestigio de los hombres que integraban aquel gabinete. Es otro ejemplo de cómo, y a pesar de tratarse de una institución de origen parlamentario, el gabinete en verdad ha funcionado con beneplácito en nuestra práctica constitucional de origen o modelo presidencialista.

Nuestra doctrina se encuentra dividida en torno de la naturaleza jurídica de ese organismo. Y si bien la costumbre lo incluyó dentro del sistema institucional, en rigor no tuvo convalidación constitucional hasta la reforma de 1994. Actualmente es un órgano colegiado de existencia necesaria para la realización de ciertos actos propios del Poder Ejecutivo, como v.gr., el refrendo de los reglamentos de necesidad y urgencia que puede dictar el presidente en orden a lo dispuesto en el art. 99, inc. 3° de la Constitución.

Si bien nuestra Constitución presidencialista, basada en el modelo estadounidense, ha definido al Poder Ejecutivo como *unipersonal*, los

[659] GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, 6ª ed., Madrid, p. 397.

arts. 100, 102 y 103 al ocuparse del diseño institucional de los ministros responden a una fuente de origen de tipo parlamentarista cual es la Constitución de Cádiz de 1812, conforme surge de los arts. 87 y ss., del *Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata*, de Juan Bautista Alberdi [660].

Así el art. 100 del texto constitucional se refiere a los ministros llamándolos *"ministros secretarios"* que tienen a su cargo *"el despacho de los negocios de la Nación"*. El art. 102 establece que cada ministro tiene plena responsabilidad por los actos que legaliza, y solidariamente de los que acuerda con los demás ministros, siendo que tal responsabilidad puede ser civil, penal, administrativa e incluso política. Por su parte, el art. 103 fija un límite muy preciso que afirma el carácter unipersonal del Poder Ejecutivo cuando afirma: *"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"*.

Los decretos del Poder Ejecutivo, además de la firma del presidente, necesitan la firma o refrendo del o de los ministros que correspondan según el tema de que trate el decreto y del jefe de gabinete en muchos casos, exceptuándose de tal regla los actos personales del presidente (renuncia, pedido de licencia, etc.).

Para Montes de Oca el ministerio argentino es de origen ejecutivo. El presidente de la Nación, por sí solo, nombra y remueve los ministros del despacho. Citando a un antecesor suyo en la cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el Dr. Vicente F. López advierte que los resultados del ministerio parlamentario en Inglaterra "seducen y atraen"; "...pero esos admirables resultados no se han hecho sentir en todas partes con igual vigor. En el continente europeo se ha observado con frecuencia que mayorías accidentales de las cámaras derrumban ministerios, sin más propósito que el de satisfacer sus anhelos partidistas. Esas mayorías accidentales, que se organizan y disuelven con gran facilidad, causan una movilidad extrema en las deliberaciones del gabinete, cuyos miembros están expuestos siempre y en todo momento a que una votación contraria les obligue a abandonar las carteras...". "...El ministerio, como todos los rodajes del mecanismo político, no se puede trasplantar ciegamente de un país a otro, sin consultar la idiosincrasia especial de cada pueblo..." [661].

Por lo que hace a la firma de los ministros: para refrendar los actos presidenciales, decía el Dr. Vélez Sarsfield en la Convención de 1860: "...Otro grande defecto de la Confederación es la composición del Poder Ejecutivo,

[660] EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado...*, cit., t. V, p. 156.
[661] MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones...*, cit., t. II, p. 393.

donde hay una mezcla de principios monárquicos y de principios republicanos, alterando la Constitución que servía de modelo. En los Estados Unidos, el Poder Ejecutivo reside en una sola persona: no hay allí ministros ni poder ministerial. Se trató de ponerle un consejo responsable, y advirtieron muy bien que la responsabilidad se disminuye cuando es dividida con otros. La Constitución de la Confederación, como la de Buenos Aires, declaran que el Poder Ejecutivo reside en una sola persona, pero esa persona nada puede por sí sola; es preciso que otro semigobernador se ponga a su lado y responda como él de los actos de ambos...".

"...Pregunto ¿en quién reside el Poder Ejecutivo? Nadie podrá responder. ¿Quiénes fueron los ministros de Washington, de Jefferson y Adams? Simples secretarios que no cargaban con responsabilidad alguna. ¿Y quién gobierna hoy Buenos Aires?, ¿el ministro de gobierno? ¿Y de dónde saca ese poder que el pueblo no le ha dado? Sabed señores que gobierna porque es responsable: quitadle la responsabilidad, y el menos prudente dejaría al gobernador que ha elegido el pueblo..." [662].

Para desvirtuar este raciocinio de fuerza aparente, basta considerar que los ministros son amovibles, y que el presidente goza, entonces, de completa libertad para remover todos los obstáculos que se opongan al logro de sus objetivos, a la satisfacción de sus tendencias. Podrá decirse, entonces, que es una formalidad de secundaria trascendencia, ya que no tiene más fin práctico que el de autenticar las resoluciones ejecutivas, que el de revestirlas de requisitos de forma; pero no puede decirse que ataque la esencia del Poder Ejecutivo, que conserva, a su pesar, su característica *unipersonalidad* [663].

5. El jefe de Gabinete de Ministros

La reforma ha modificado el número limitado de ocho ministros que fijaba la Constitución desde la reforma de 1898 —anteriormente eran cinco—; a partir de ahora el número de ministros será fijado por una ley especial. Una de las novedades más importantes ha sido la de cargar gran parte de la pesada tarea que recae sobre el presidente de la Nación —sobre todo en materia administrativa— en un jefe de Gabinete de Ministros que se ocupará de los nombramientos de la Administración Pública, como así también de la elaboración y sometimiento al Congreso de las leyes de Ministerios y Presupuesto, como también tener a su cargo la recaudación impositiva y la ejecución del presupuesto.

[662] Convención encargada del examen de la Constitución federal, *Diario de Sesiones*, p. 96.
[663] MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones...*, cit., t. II, p. 394.

El jefe de gabinete, que no puede desempeñar simultáneamente otro ministerio, tendrá un papel muy importante en el refrendo de los principales actos del Poder Ejecutivo y desempeñará la función de vincular y coordinar la tarea del Poder Ejecutivo con el Poder Legislativo, ya que deberá informar periódicamente al Congreso. Esta innovación no registra antecedentes en nuestro derecho constitucional y su funcionamiento deberá ser evaluado a la luz de la práctica de las diferentes personalidades de quienes ocupen el cargo y de las diferentes circunstancias políticas que eleven o disminuyan la relevancia del papel del jefe de gabinete.

Hemos señalado *ut supra* que el "gabinete" tiene, en nuestra Constitución, el carácter de un órgano auxiliar, al tratarse de un Poder Ejecutivo "unipersonal". Es el presidente quien preside el mismo, siendo el jefe de gabinete un auxiliar subalterno. Sin embargo, la Constitución reformada le otorga funciones específicas, como la que los reglamentos de necesidad y urgencia deban tener el refrendo de todos los ministros. El dictamen sobre la reforma constitucional elaborado por el "Consejo para la Consolidación de la Democracia" había propuesto la incorporación de la figura del "primer ministro"; con mayorías parlamentaria propias en cuanto a su designación y remoción, que morigerara los rigores del "hiperpresidencialismo" argentino, delegando una cantidad de funciones y haciendo que el primer ministro pudiera actuar como "válvula de escape" (fusible) en situaciones de crisis institucional.

En los sistemas parlamentarios y semiparlamentarios suelen encontrarse divididas las funciones de jefe de Estado (rey o presidente) y de jefe de gobierno (primer ministro); no es el caso de nuestra Constitución que sigue concentrando ambas jefaturas. La reforma de 1994 ha elegido un modelo aún más atenuado que la propuesta del Consejo para la Consolidación de la Democracia; aquélla se acercaba a la Constitución de Portugal en tanto que el jefe de Gabinete de Ministros incorporado por nuestra Constitución se asemeja al modelo de la Constitución peruana de 1978; aunque con algunas particularidades que son propias de nuestra experiencia política y que fueron tenidas en cuenta por quienes suscribieron e instrumentaron el denominado "Pacto de Olivos". Conforme lo señala la disposición transitoria duodécima, el jefe de Gabinete de Ministros fue designado por primera vez el 8/7/1995.

A pesar de las expectativas y debates que generó, lo cierto es que el instituto no ha sido probado en situaciones graves de crisis institucional, como originariamente se previó. Nino consideraba que la figura del jefe de gabinete sería un remedio en las crisis y ponía como ejemplo la ocurrida en 1987 cuando Alfonsín siendo presidente pierde la mayoría en las Cámaras en la segunda elección intermedia de renovación de los cuerpos legislativos, y la mayoría de las provincias caen bajo el poder del justicialismo como consecuencia de la situación económico-social imperante. La tesis de Nino era que si el presidente hubiera podido nombrar un primer ministro líder de la oposición (entonces era Antonio Cafiero) esa crisis hubiera podido superarse. Tal escenario fue —se recuerda— anterior a la reforma constitucional de 1994.

Con posterioridad a dicha reforma, el escenario de crisis institucional más grave se vivió a finales del año 2001 con la renuncia del presidente Fernando de la Rúa, ya que el vicepresidente Álvarez, había anteriormente renunciado a su cargo. En tal oportunidad, en un grave estado de convulsión social y política tampoco pudo verificarse la hipótesis, toda vez que ningún dirigente de la oposición asumió la jefatura de gabinete, sino que ocupó la presidencia en el marco de acefalía prevista en el art. 88, CN.

Las funciones que la Constitución Nacional asigna al jefe de gabinete son las siguientes:

1) Ejercer la administración general del país.

2) Expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye el art. 100 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 leyes 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 votaciones 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 juntamente 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 la consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

El ministro jefe de gabinete actúa como vínculo de enlace entre los poderes políticos, concurriendo por lo menos una vez por mes al Congreso, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno. La reforma ha procurado con tal exigencia, que exista una relación más fluida y "funcional" entre los órganos del poder y no separaciones rígidas, propias de otros tiempos del constitucionalismo. Particular interés reviste la segunda parte del art. 101, de donde resulta que el jefe de Gabinete de Ministros es —en principio— nombrado y removido por el presidente de la Nación, pero también puede ser removido por el Congreso a través de una "moción de censura" con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras. Tal disposición hace suponer que el presidente debe designar un candidato que cuente con suficiente consenso en el Legislativo para no sufrir el revés de una remoción. El único ministro que es pasible de ser removido por el Congreso es, precisamente, el jefe de gabinete.

CAPÍTULO XIX

EL PODER JUDICIAL

En nuestro sistema constitucional de tipo presidencialista, siguiendo la tradición de la Constitución de los Estados Unidos que ha sido el modelo seguido por el constituyente originario, el departamento judicial conforma uno de los tres poderes en que se divide el gobierno federal. Como rama o poder del Estado, la Constitución asegura su independencia a través de distintas disposiciones que, entre otros aspectos, establecen la inamovilidad de los magistrados judiciales en sus cargos, mientras dure su buena conducta y la intangibilidad de sus remuneraciones conforme lo establece la Constitución en el art. 110.

Esas garantías no son individuales de los jueces sino que son funcionales a las altas funciones que la Constitución le atribuye al Poder Judicial. La independencia se encuentra así justificada en la necesidad que existe en un sistema republicano de gobierno de que los poderes sean independientes entre sí y de que ninguno otro de los poderes políticos interfiera en sus funciones. La función del Poder Judicial es la de resolver con fuerza de verdad legal las cuestiones de derecho sometidas a sus estrados. De ese modo, los jueces que integran este poder completan el sistema representativo al aplicar las normas al caso individual.

Así, mientras el Poder Legislativo sanciona normas de alcance general y abstractas, como son las leyes, y el Poder Ejecutivo vela por su cumplimiento y ejecución, el Judicial aplica la ley trasladándola desde lo general y abstracto al caso concreto. Los actos de gobierno que realizan los jueces se denominan sentencias. Cuando un asunto judicial se encuentra definitivamente resuelto y no puede ser revisado, se afirma que la sentencia hizo "cosa juzgada".

Tradicionalmente se afirma con razón que el Poder Judicial es el más débil de los tres poderes. En la célebre lectura LXVIII de *El federalista*, Alexander Hamilton señaló que el Poder Judicial no tiene la bolsa ni la espada, sino solamente el juicio. Por esa misma razón decía que los ciudadanos no debían temer nada del Poder Judicial ya que los más grandes atropellos a los derechos y garantías individuales a lo largo de la historia provenían más bien de los poderes políticos; sin embargo —agregaba— los ciudadanos de-

12) Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

13) Refrendar juntamente 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 la consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

El ministro jefe de gabinete actúa como vínculo de enlace entre los poderes políticos, concurriendo por lo menos una vez por mes al Congreso, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno. La reforma ha procurado con tal exigencia, que exista una relación más fluida y "funcional" entre los órganos del poder y no separaciones rígidas, propias de otros tiempos del constitucionalismo. Particular interés reviste la segunda parte del art. 101, de donde resulta que el jefe de Gabinete de Ministros es —en principio— nombrado y removido por el presidente de la Nación, pero también puede ser removido por el Congreso a través de una "moción de censura" con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras. Tal disposición hace suponer que el presidente debe designar un candidato que cuente con suficiente consenso en el Legislativo para no sufrir el revés de una remoción. El único ministro que es pasible de ser removido por el Congreso es, precisamente, el jefe de gabinete.

CAPÍTULO XIX

EL PODER JUDICIAL

En nuestro sistema constitucional de tipo presidencialista, siguiendo la tradición de la Constitución de los Estados Unidos que ha sido el modelo seguido por el constituyente originario, el departamento judicial conforma uno de los tres poderes en que se divide el gobierno federal. Como rama o poder del Estado, la Constitución asegura su independencia a través de distintas disposiciones que, entre otros aspectos, establecen la inamovilidad de los magistrados judiciales en sus cargos, mientras dure su buena conducta y la intangibilidad de sus remuneraciones conforme lo establece la Constitución en el art. 110.

Esas garantías no son individuales de los jueces sino que son funcionales a las altas funciones que la Constitución le atribuye al Poder Judicial. La independencia se encuentra así justificada en la necesidad que existe en un sistema republicano de gobierno de que los poderes sean independientes entre sí y de que ninguno otro de los poderes políticos interfiera en sus funciones. La función del Poder Judicial es la de resolver con fuerza de verdad legal las cuestiones de derecho sometidas a sus estrados. De ese modo, los jueces que integran este poder completan el sistema representativo al aplicar las normas al caso individual.

Así, mientras el Poder Legislativo sanciona normas de alcance general y abstractas, como son las leyes, y el Poder Ejecutivo vela por su cumplimiento y ejecución, el Judicial aplica la ley trasladándola desde lo general y abstracto al caso concreto. Los actos de gobierno que realizan los jueces se denominan sentencias. Cuando un asunto judicial se encuentra definitivamente resuelto y no puede ser revisado, se afirma que la sentencia hizo "cosa juzgada".

Tradicionalmente se afirma con razón que el Poder Judicial es el más débil de los tres poderes. En la célebre lectura LXVIII de *El federalista*, Alexander Hamilton señaló que el Poder Judicial no tiene la bolsa ni la espada, sino solamente el juicio. Por esa misma razón decía que los ciudadanos no debían temer nada del Poder Judicial ya que los más grandes atropellos a los derechos y garantías individuales a lo largo de la historia provenían más bien de los poderes políticos; sin embargo —agregaba— los ciudadanos de-

bían temerlo "todo" de la unión del Poder Judicial con cualquiera de los otros poderes del Estado.

Sin embargo, la fuerza e importancia de nuestro Poder Judicial es muy grande cuando se la compara con aquellos sistemas políticos de origen monárquico en donde dicho Poder es simplemente un apéndice o un parte de la Administración Pública general del Estado. Eso es lo que sucede en la organización de algunas democracias europeas que suceden de sistemas monárquicos. Se habla allí de "administración de justicia" o de "servicio de justicia", según el caso, toda vez que se trata de actos de administración o de un servicio público según el caso.

En el sistema presidencialista que siguió a las grandes revoluciones, sea adoptó el sistema de separación de poderes al modo de "frenos y contrapesos" y se consideró desde el origen al Poder Judicial como un poder independiente. Así se da su evolución en la tradición anglosajona. A eso cabe agregar el desarrollo del control de constitucionalidad, en los Estados Unidos, a partir del *leading case* "Marbury v. Madison" y desde donde llegó a nosotros. La posibilidad de declarar inconstitucionales las leyes sancionadas por el Congreso da al Poder Judicial un sentido institucional muy fuerte y lo convierte en el "control de los controles" del sistema democrático. De ese modo ha llegado a resumirse que, en definitiva, la Constitución es lo que dicen los jueces que es.

Este poder de declarar inconstitucionales las leyes ha generado serios reparos en orden al poder de los jueces, llegándose a criticar con la expresión "gobierno de los jueces" a la jurisprudencia de avanzada en algunas materias en que el legislador ha tenido posturas conservadoras. Ese "activismo" de los jueces ha sido así, no pocas veces, puesto en duda al señalarse el carácter "contramayoritario" de un poder del Estado, ubicado en pie de igualdad con los demás, pero que —a diferencia del Legislativo y del Ejecutivo— nadie votó sino que, por el contrario, por lo general los jueces representan a los sectores más conservadores de la sociedad. Frente a esa crítica se ha señalado que es el carácter conservador del Poder Judicial el que hace de contrapeso a los poderes políticos, preservando los derechos de las minorías de los potenciales abusos de las mayorías parlamentarias.

El ejercicio del control de constitucionalidad se legitima en la medida en que completa el sistema republicano de división de poderes. Por eso nuestro sistema de control de constitucionalidad es *judicial* ya que son los jueces quienes lo ejercitan dentro del ámbito de sus respectivas competencias, eso lo diferencia de otros sistemas de control de constitucionalidad de carácter político donde son órganos específicos, separados de la función judicial quienes realizan esa tarea. En aquellos países en que hay un órgano centralizado, único para ejercer el control de constitucionalidad como ocurre con las Cortes o tribunales constitucionales europeos, el control se encuentra *concentrado* en dichos órganos cuyas resoluciones tienen alcance general. Al tener sus declaraciones alcance general, suele decirse que actúan a la manera de un "legislador negativo".

En cambio, el sistema de control de constitucionalidad imperante en nuestro país es un sistema de control *difuso*, ya que cualquier juez puede ejercerlo en el ámbito de su competencia. Por ese motivo, la declaración de inconstitucionalidad sólo tiene efecto entre *las partes* actuantes en el litigio y debe realizarse dentro de una *causa* sometida a conocimiento y decisión del juez o tribunal competente y a pedido de quien tenga la *legitimación procesal* para hacerlo.

Esos requisitos tienen por objeto respetar la división entre los poderes y no se encuentran legislados ni en la Constitución ni en las normas inferiores, sino que fueron elaborados por la Corte Suprema de los Estados Unidos; concretamente, han tenido la autoría de algunos de sus miembros más destacados y, por ello, se las conoce como "reglas de Cooley" y "reglas de Brandeis". Entre otros aspectos, se requiere que no se trate de temas abstractos (*mootnes*) ni de cuestiones privativas de otros poderes del Estado, a cuyo efecto se han elaborado las llamadas *cuestiones políticas no justiciables*.

1. La justicia y la política

No obstante encontrarse organizado el Poder Judicial como uno de los tres poderes en que se divide el Estado federal, la función que la Constitución le encomienda en los objetivos del Preámbulo es la de *afianzar la justicia* y ello debe realizarse a través de los procedimientos jurídicos regulares que la propia Constitución garantiza a fin de hacer posible la vigencia del Estado constitucional y democrático de Derecho.

El Poder Judicial se distingue de los otros poderes porque actúa dentro del marco estricto del derecho y de la lógica jurídica que fundamenta sus decisiones, de lo contrario sus sentencias serían "arbitrarias" y por ello resultarían inconstitucionales, conforme a la propia categorización realizada por la Corte Suprema en derredor del principio de razonabilidad.

Es así que, mientras la discrecionalidad es el modo de actuación propio en el ámbito de la política, en el ámbito de lo jurídico impera la adscripción al principio de la lógica de los antecedentes, de modo que una premisa menor debe adecuarse a una premisa mayor. De ese modo funciona también la lógica del principio de constitucionalidad que está basada en el principio de supremacía del orden jurídico [664].

[664] SPOTA, Alberto A., *Lo político...*, cit.

De esa manera, enfatizando la separación de poderes que deriva del art. 1°, CN, el art. 109, CN establece que en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas. Este principio ha planteado la legalidad o ilegalidad de los llamados "tribunales administrativos" que son distintos tribunales que existen en el ámbito de la Administración Pública, ya sea centralizada o descentralizada, pero que no integran el Poder Judicial de la Nación. En tal sentido puede mencionarse al Tribunal de Cuentas, de Defensa de la Competencia, etc. Anteriormente existieron las llamadas cámaras de arrendamientos. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse en el *leading case* "Fernández Arias v. Poggio" que admitió la validez de dichos constitucionales en la medida en que aseguren el debido proceso y cuenten con una revisión judicial suficiente.

Algún sector de la doctrina administrativista pretendió justificar esa validez estableciendo una sutil diferencia entre la prohibición de arrogarse facultades "judiciales" y facultades "jurisdiccionales" al decir que estas últimas serían posibles. Francamente no advertimos la diferencia ya que lo jurisdiccional hace referencia a lo judicial.

La doctrina de las llamadas "cuestiones políticas no judiciables" también tiene origen en los Estados Unidos, donde se denomina *political questions* a aquellas materias que por su naturaleza o sustancia se encuentran fuera del alcance del Poder Judicial, como por ejemplo la facultad del Congreso para declarar la guerra o hacer la paz. En el sistema constitucional argentino hay una larga lista de cuestiones que han sido consideradas materias políticas, fuera del alcance de los jueces, entre las que se encuentra la declaración de la intervención federal a las provincias, la declaración del estado de sitio, y las facultades privativas del Poder Ejecutivo como el veto a las leyes; también se ha considerado materia no justiciable la reforma constitucional y el juicio político, aunque en estos últimos dos casos se admitió la revisión del procedimiento en cuanto al cumplimiento de la garantía constitucional del "debido proceso".

El tema ha generado posturas encontradas a favor y en contra de un mayor activismo judicial o de una autorrestricción del Poder Judicial a sus materias específicas que evite el conflicto entre los poderes. Así, por ejemplo el ministro de la Corte Suprema Julio Oyhanarte se destacó por una posición de autorrestricción frente a las decisiones de los órganos políticos, considerando que el funcionamiento de las reglas del juego democrático era propia de los llamados poderes políticos, en tanto que el ministro Luis María Boffi Boggero se destacó por célebres disidencias en las sentencias en que le tocó actuar, marcando una línea favorable a una plena intervención judicial toda vez que al Poder Judicial le corresponde juzgar sobre todos los puntos regidos por la Constitución, conforme lo señala el antes mencionado art. 116, CN.

Es que tal vez el problema no se encuentra en el carácter político o no que tienen las materias a juzgar, sino que se trate de materias que la Constitución reserva en cuanto a su ejercicio a los otros poderes, como bien lo ha señalado el Dr. Jorge Reinaldo Vanossi [665]. Así la firma de tratados internacionales está fuera del Poder Judicial porque la Constitución especialmente la pone en manos del presidente en el art. 99 pero ello no significa excluir al Poder Judicial del control de la regularidad de los actos, aunque en esos casos no corresponda juzgar sobre su contenido.

Durante muchos años se consideró en nuestra jurisprudencia que la materia sobre elecciones y partidos políticos quedaba fuera del alcance del poder de revisión de los jueces por tratarse de materias políticas no judiciables. Sin embargo, la jurisprudencia varió en ese tema desde la creación de un fuero especializado en la justicia federal, tornado la materia judiciable. Porque lo que define que una materia esté fuera de la revisión judicial no es la sustancia política de la misma sino que no se afecte la división de poderes al inmiscuirse en la esfera propia de otro poder. La función judicial no se verá afectada por la materia sobre la que se juzgue sino que se define por el método que siguen los jueces al resolver, que es el estricto apego al principio de la lógica de los antecedentes.

En los últimos años comenzó a hablarse de la *judicialización de la política* y de *politización de la justicia* como expresiones de un fenómeno de relaciones mutuas en el que los poderes políticos se inmiscuyen en el ámbito de lo judicial y, viceversa, la justicia exhibe un marcado activismo hacia el control de los problemas propios de la política. Expresiones de esos fenómenos han sido, por ejemplo, el llamado operativo *mani pulite* (manos limpias) en Italia donde una fuerte actuación de los jueces logró desbaratar importantes redes de corrupción; tema que también se verificó en otros países.

En otro sentido, se verifica una creciente cantidad de disputas judiciales por temas vinculados a la actuación política, como sucede con el control del financiamiento de los partidos políticos y disputas electorales vinculadas con los escrutinios de elecciones internas, problemas de cupo femenino. El caso del llamado "corralito financiero" contemporáneo a la pesificación de la economía y a la salida del plan de convertibilidad es un ejemplo de medidas de orden político que se trasladaron a la esfera de decisión de los jueces. La escala del problema, sin embargo, justificaba una decisión de carácter político, aun cuando en las causas se encontraran involucradas garantías constitucionales.

En buena medida los problemas actuales de la democracia presentan una gran complejidad por los desafíos que los mismos implican, verifican-

665 VANOSSI, Jorge R. A., *Teoría...*, cit.

dose una tendencia creciente hacia la plena judiciabilidad de los actos. La ampliación de la legitimación activa a través de los llamados "intereses difusos" y derechos colectivos, así como actuación "de oficio" de jueces y tribunales en las causas sobre control de constitucionalidad son manifestaciones de esa tendencia.

Sin embargo, ello no es justificativo para considerar que los problemas políticos deben resolverse en el ámbito propio de la política, ya que el Poder Judicial tiene su propia esfera de actuación que es la de resolver con fuerza de verdad legal controversias jurídicas entre partes sometidas a su competencia.

2. Organización y competencia de la justicia federal

La Constitución organiza la justicia federal a partir de su cabeza, la Corte Suprema y los demás tribunales inferiores. Las provincias también tienen sus propios poderes judiciales en orden a lo dispuesto en el art. 5°, CN. De modo que, al igual que existe el gobierno federal y los gobiernos de provincias, de modo concurrente es la organización del Poder Judicial federal.

Las Cámaras de Apelación, que son la instancia intermedia entre los jueces federales de primera instancia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el orden federal, no están previstas en la Constitución sino que fueron creadas posteriormente para dar respuesta a crecimiento de la población y de los conflictos jurídicos.

La justicia federal está organizada en *instancias* para permitir la posibilidad de apelación de las sentencias desde la instancia inferior. La apelación a una instancia superior no es un requisito constitucional, excepto en el caso de la materia penal; toda vez que así lo establece de manera obligatoria el art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ese motivo debió realizarse una reforma del fuero penal en nuestro país de manera de incorporar la Cámara de Casación Penal como una instancia intermedia entre los tribunales penales de juicio y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De ese modo, quedó asegurado el cumplimiento del requisito constitucional de la *doble instancia* en materia penal.

Además de las instancias, la jurisdicción y competencia de los jueces se determina por la *materia* en la que entienden, así como por el *territorio* y por el *turno* en que le toca entender. Todos esos aspectos resguardan la garantía del *juez natural* a que hace referencia el art. 18, CN.

La competencia de la justicia federal en razón de la materia se encuentra determinada por los arts. 116 y 117 de la Constitución y por leyes especiales de competencia federal como aquellas que le dan la competencia exclusiva en materia de control de monopolios y las vinculadas con los delitos vinculados al narcotráfico.

El art. 116 de la Constitución se refiere a la competencia de los tribunales federales y que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en grado de *apelación*. Al enunciar los temas sometidos a su competencia material establece como requisito el que se trate de *causas* judiciales, ubicando en primer lugar a las que se refieran a *puntos regidos por la Constitución*. Sobre la base de ese párrafo, la jurisprudencia ha sostenido que todos los temas constitucionales quedan sometidos a revisión judicial, contrariando las tesis más extremas acerca de la exclusión de las llamadas "cuestiones políticas" del conocimiento de los jueces.

El art. 116 también hace referencia a la competencia federal sobre las leyes nacionales, también llamadas leyes federales. Al excluir expresamente las materias del art. 75, inc. 12 se está refiriendo al llamado *derecho común* o *derecho de fondo*, que comprende la materia civil, comercial, penal, de minería, del trabajo y la seguridad social, ya se trate de códigos unificados o de leyes dispersas. En nuestro país el derecho común o derecho ordinario es de competencia legislativa del Congreso de la Nación, a diferencia de los Estados Unidos, donde es materia privativa de cada Estado. Al reservar la Constitución la potestad de legislar sobre el derecho común al Congreso, a las provincias sólo le compete legislar sobre el derecho de forma (derecho procesal).

En cambio, la competencia *judicial* sobre el derecho común (codificado o disperso) es en nuestro país de cada uno de los poderes judiciales de provincia. La justicia federal es, así, un fuero de excepción sobre las materias federales que surgen de la Constitución y de las leyes federales que no formen parte del derecho común.

También señala el art. 116 que es competencia de la justicia federal la referida a los tratados con las naciones extranjeras así como las referidas a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros y las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima. Al respecto es de señalar que en lo que refiere a estas materias en particular cobra mucha importancia el desarrollo alcanzado por el derecho constitucional de los tratados, especialmente en el caso cabe destacar la importancia de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

La referencia a la competencia de la Corte Suprema y de los demás tribunales inferiores en las causas *en que la Nación sea parte* ha planteado en su momento objeciones a la admisión de "tribunales supranacionales", como, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecida por el Pacto de San José de Costa Rica o los tribunales arbitrales que surgen de distintos tratados de integración comercial o económica firmados por la Nación. La jurisprudencia de la misma Corte Suprema fue abriendo los cauces interpretativos para que la admisión de la jurisprudencia "supranacional" no se contraponga con el carácter *supremo* que mantiene y se reserva el Alto Tribunal de la Nación.

Los casos de conflictos entre vecinos de distintas provincias y de un estado o ciudadano extranjero serán analizados más adelante. El art. 117 aclara que la competencia de la Corte Suprema lo es siempre por apelación excepto en los casos de provincias y de representantes diplomáticos en que la competencia de la Corte es *originaria y exclusiva*, siguiendo la tradición norteamericana en la materia.

3. La composición de la Corte Suprema

La Constitución Nacional solamente utiliza la expresión *suprema* en dos oportunidades. La primera de ellas para referirse al presidente como "jefe supremo de la Nación" en inocultable referencia histórica a Justo José de Urquiza y la segunda al organizar el Poder Judicial de la Nación con una "Corte Suprema" y los demás tribunales inferiores; la primera creada por la propia Constitución y los segundos sujetos a creación legal por el Congreso, de modo que durante muchos años solamente hubo juzgados de primera instancia en la justicia federal hasta que el dec. 4055 creó las Cámaras de Apelaciones como tribunales de segunda instancia.

La Corte es tribunal de justicia pero también es cabeza de un poder del Estado. En la primera condición no es el tribunal más antiguo, lo preceden en historia y tradición la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; entre ambos altos tribunales se disputan la "herencia" de la Real Audiencia que funcionara durante el virreinato. En el Alto Tribunal provincial, inclusive, subsisten remedos de los recursos casatorios de súplica existentes antaño, en la modalidad del recurso de inaplicabilidad de ley, anterior al más difundido "recurso extraordinario de inconstitucionalidad".

Es que la creación de la Corte Suprema fue una novedad constitucional de la nueva y gloriosa Nación que al adoptar la organización nacional tomó el modelo estadounidense para el diseño de sus instituciones, aunque —cabe bien señalarlo— con algunas adaptaciones que contemplaban nuestra realidad, como bien se encargaría de defender Alberdi frente a las críticas. Así fue que en la Constitución histórica de 1853 la Corte Suprema se formaba con nueve miembros y dos fiscales, conforme lo disponía el art. 91.

Al incorporarse Buenos Aires a la Confederación, después de las batallas de Cepeda y Pavón y del Pacto de San José de Flores del 11/11/1859, se produjo la reforma de 1860 que, en muchos aspectos, se acercó aún más al modelo estadounidense, sin determinar el número de jueces que la integraban, cuestión que quedaba en manos del Poder Legislativo. El número de jueces de la Corte fue fijado en cinco ministros y un procurador general por la primera ley de organización de la justicia federal que fue la ley 27, en tanto que la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene nueve miembros.

El presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos es denominado *Chief of Justice* y es nominado por el presidente de la Nación expresamente para ese cargo el que mantiene de manera inamovible, del mismo modo en que los otros *Justice* se mantienen en sus cargos mientras dure su buena conducta. Hasta el año 1930 el presidente de la Corte Suprema de la Nación Argentina era designado por el Poder Ejecutivo en forma vitalicia. Desde 1947 es la misma Corte la que designa a sus autoridades de manera periódica.

Es de señalar que al no establecer el art. 108 de la Constitución un número determinado de jueces de la Corte, el mismo ha variado en distintos momentos conforme a leyes sancionadas por el Congreso. En tiempos de la presidencia de Frondizi fue sancionada la ley 15.271 que llevó el número de integrantes a siete con el consentimiento del propio Alto Tribunal que entendió necesario el incremento dado el elevado número de causas que tenía para resolver. Con la ley 16.895 se volvió al número "tradicional" de cinco miembros.

Cuando el presidente norteamericano Franklin D. Roosevelt amenazó elevar a once el número de jueces de la Corte estadounidense a la que veía como un obstáculo conservador a las políticas reformistas del *New Deal*, la propia Corte reaccionó con una jurisprudencia de acompañamiento y control de las políticas del Poder Ejecutivo.

La Corte Suprema es cabeza de un poder del Estado y es, por ende, un tribunal de naturaleza política. Esto no debe ser materia de asombro ni de su preocupación, como tampoco debe serlo que algunos de sus integrantes resulten de designaciones también políticas, ni que en determinados momentos históricos las Cortes adopten doctrinas "de acompañamiento" de las políticas del Poder Ejecutivo, si las consideran justas y razonables. Su prestigio —en definitiva— residirá en la seriedad de los fundamentos con que se toman las decisiones y cómo se fundamentan las sentencias desde lo jurídico.

Cuando la ley 23.774 llevó a nueve el número de ministros que actualmente tiene la Corte, la ciudadanía lo percibió como una "maniobra" del poder político para conseguir una "mayoría automática" que le asegure la gobernabilidad. Así lo registran los muestreos y encuestas de opinión. Fue ese estado de sospecha —y no estrictamente el número de miembros— el elemento que dañó tan severamente el prestigio y la imagen de la Corte Suprema.

En las actuales instancias de recomposición institucional es menester advertir que no será el número de miembros, sean 5, 7 o 9 de lo que dependerá la fortaleza de la Corte sino el adoptar las medidas que hagan posible el desempeño de su rol institucional, que es nada más ni nada menos que asegurar la supremacía de la Constitución Nacional y velar por la vigencia del Estado de Derecho.

El art. 113, CN establece que es facultad de la Corte Suprema dictar su reglamento interior y nombrar a sus empleados. Fue suprimida, en cambio,

la potestad de dictar su reglamento económico, la que fue asignada por el constituyente al Consejo de la Magistratura, incorporado como novedad en el art. 114.

La designación del presidente corresponde al propio cuerpo, conforme lo indica el art. 1°, ley 23.774 que sustituye al art. 25, dec.-ley 1285/1958.

Se trata de un órgano colegiado que toma sus decisiones por simple mayoría, desempatando el voto del presidente. Los votos disidentes son publicados a continuación de las sentencias.

La Corte no tiene división en salas y todas sus decisiones son tomadas en pleno. Su organización interna es definida en una numerosa cantidad de "*acordadas*" que toma el tribunal en ejercicio de su facultad de superintendencia y cuenta con una importante infraestructura de apoyo administrativo a tal efecto.

La sede de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encuentra ubicada en el Palacio de Justicia de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, calle Talcahuano 550, 4° piso.

4. El control de constitucionalidad

En realidad, la Constitución Nacional de la Argentina no regula el control de constitucionalidad. Del mismo modo que su modelo en cuanto a la parte orgánica se refiere, la Constitución de los Estados Unidos, ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema la que ha ido delineando los contornos y reglas en que dicho control se desenvuelve. Muchos preceptos han merecido, sin embargo, consagración legislativa.

La Constitución, en su cap. II de la secc. 3ª de la 2ª parte, referida a las "*Atribuciones del Poder Judicial*", se limita a fijar la competencia de los tribunales federales, que, según la propia Constitución son "*la Corte Suprema y los tribunales inferiores de la Nación*". De este modo, el art. 116 enumera las materias de competencia de la justicia federal en las que la Corte Suprema intervendrá sólo en grado de apelación, en tanto que el art. 117 establece los casos en que la competencia de la Corte Suprema se ejercita de manera originaria y exclusiva, siendo tales casos "*los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que una provincia fuese parte*".

En ese sentido estricto el denominado "*recurso extraordinario de constitucionalidad*" está regulado en la ley 48 del 26/8/1863, arts. 14, 15 y 16. Por el mismo, es posible llegar por vía de apelación a la Corte Suprema, una vez agotada la instancia ante el supremo tribunal de la causa.

Los supuestos de procedencia son tres, pudiendo tratarse de una cuestión federal simple (interpretación) o de "*cuestiones federales complejas*" (*conflicto de normas*). En este último caso, cuando estén en disputa normas de derecho común con preceptos constitucionales y cuando un acto de una autoridad local esté controvertido con una norma de la Constitución Nacional (art. 14, ley 48).

Fuera de los casos mencionados, el recurso extraordinario sólo es procedente en los supuestos de "arbitrariedad" de "*gravedad institucional*", que no se encuentran legislados y que son producto de la elaboración "*pretoriana*" de la Corte Suprema.

La ley 23.174 del año 1990, en su art. 2° estableció una suerte de *writ of certiorari* al permitir la sana discreción de la Corte Suprema en el rechazo *in limine* del recurso extraordinario, a través de una modificación de los arts. 280 y 285, Código Procesal que ha tenido gran trascendencia en la práctica.

Finalmente, la Constitución Nacional reformada en el año 1994 ha consagrado expresamente la acción de amparo como procedimiento sumario en el art. 43, que si bien existía desde el año 1957, también lo era por creación judicial. El art. 43 de la Constitución reformada establece expresamente que "*en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*".

El control de constitucionalidad es difuso, de forma tal que todo juez, ya sea que forme parte de la justicia federal o del Poder Judicial de cualquier provincia, puede declarar "*inconstitucional*" una norma, siempre que esto haya sido solicitado por la parte y que el tema forme parte del litigio.

La Corte Suprema de Justicia, que es el Superior Tribunal de la Nación, ejerce el control de constitucionalidad en forma originaria y exclusivo en los casos del art. 117 de la Constitución, por apelación en las materias propias de la competencia de la justicia federal y por vía del "*recurso extraordinario*" en los casos ya descriptos.

En el sistema constitucional argentino, el principio es que todos los actos emanados de los poderes públicos están sujetos a control de constitucionalidad, en orden a que el art. 31 de la norma fundamental consagra el principio de supremacía constitucional. De ese modo, el control se extiende, tanto a las leyes, como a los decretos del Poder Ejecutivo y, también, a las sentencias judiciales en orden al supuesto de "*arbitrariedad*" ya descripto.

No existen categorías especiales de leyes, como el caso de las "*leyes orgánicas*" en España ni tampoco leyes de desarrollo constitucional, razón por la cual todas las leyes están sometidas a los mismos principios en lo que a control se refiere, principios que también son extensivos a los actos del Poder Ejecutivo.

Los tratados internacionales son igualmente susceptibles de control de constitucionalidad por aplicación del mencionado principio de supremacía y, de hecho, la Corte ha ejercido el control sobre los mismos en distintos casos, aun cuando predomina en la jurisprudencia más reciente una clara afirmación del "monismo", consagrada también en la reforma.

Sin embargo, se ha planteado una discusión doctrinaria en torno del art. 75, inc. 22, CN que ha otorgado "jerarquía constitucional" a un número cerrado de tratados internacionales sobre derechos humanos. Para un importante sector de la doctrina, la "jerarquía constitucional" otorgada a esos tratados los excluiría del control de constitucionalidad.

En la República Argentina son aplicables al control de constitucionalidad, en cuanto a su procedencia, las mismas reglas exigidas por la Suprema Corte de los Estados Unidos. Así lo ha determinado la Corte Suprema argentina a lo largo de centenas de fallos en las que se ha ido perfilando este poder implícito de los tribunales. Tampoco entre nosotros los tribunales pueden emitir meras opiniones, deben decidir "casos o controversias", tampoco pueden pronunciarse en casos abstractos; el que alega la inconstitucionalidad debe estar legitimado para ello, sólo puede plantearse la inconstitucionalidad como defensa, y el electo del control no es derogatorio de la ley, el juez se limita a no aplicarla en el litigio correspondiente.

El *leading case* en la materia en la materia es la vieja jurisprudencia de la Corte, nacida de la causa "Agustín de Vedia". De Vedia había sido detenido a disposición del Poder Ejecutivo, por virtud del estado de sitio decretado en abril de 1865. Como consecuencia de ello accionó ante la justicia federal, reclamando ser puesto en libertad y aduciendo la inconstitucionalidad del estado de sitio. Sin embargo, ya al momento de dictarse sentencia en primera instancia, De Vedia habría sido puesto en libertad, lo que obstaba al tratamiento de la cuestión, tal como lo hizo constar en su fallo el juez Dr. Manuel Zavaleta. La Corte confirmó por sus fundamentos la sentencia, la cual contiene todos los elementos necesarios para la definición de un caso abstracto.

No existe en el sistema jurídico argentino la posibilidad de ejercer el control "previo" de constitucionalidad, razón por la cual el mismo siempre se ejerce en forma de control posterior. El art. 116 de la Constitución, siguiendo a su modelo, la secc. 2ª del art. 111, Constitución de los Estados Unidos, dice que la Corte y los tribunales interiores actúan en "causas" que versen sobre puntos regidos por la Constitución o las leyes del Congreso.

La ley 27, en su art. 2°, reglamentando esta norma, dispuso que la justicia federal nunca procede de oficio ejerciendo su jurisdicción solamente en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte. Fue necesario entonces ir elaborando a través de la interpretación jurisprudencial qué había entenderse por "causa" o "caso" judicial, no sólo porque ellos eran la sede natural y única de la actividad del Poder Judicial, sino también en razón de que sólo un caso o controversia constituía el ámbito estricto del control de constitucionalidad.

En ese sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación "...Que es un principio consagrado, legal y jurisdiccionalmente que a la justicia federal no le es permitido decidir cuestiones abstractas, ni juzgar de la

inconstitucionalidad de una ley o decreto sino cuando se trata de su aplicación a un caso contencioso porque es de la esencia del Poder Judicial el decidir colisiones efectivas de derechos y no hacer declaraciones generales para fijar el alcance de leyes o decretos cuya sola sanción supone, por sí misma, lesión de derechos que puedan requerir el amparo del Poder Judicial". (Fallos 130:157).

A través de distintos casos resueltos por la Corte se fue diseñando el esquema de la legitimación y las formas de planteamiento de la inconstitucionalidad. Cabe destacar las siguientes reglas:

a) Debe probarse la existencia de un perjuicio efectivo sufrido por el impugnante. Conforme jurisprudencia constante de la Corte, el interesado, en la declaración de inconstitucionalidad de una norma, debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen. Para ello, es menester que precise y acredite fehacientemente en el expediente el perjuicio que le origina la aplicación de la disposición, pues la invocación de agravios meramente conjeturales resulta inhábil para abrir la instancia extraordinaria (Fallos 297:108; 299:368; 300:1010; 301:866; 302:1013; entre otros).

b) El perjuicio debe ser alegado por el propio titular del derecho afectado (Fallo 254:162, 255:129).

c) No resulta pertinente la impugnación de inconstitucionalidad; cuando el objeto con que se la persigue no es la inaplicabilidad del texto objetado a la causa, sino el establecimiento de un régimen normativo distinto, lo cual es de incumbencia del legislador (Fallos 255:262; 264:206).

d) Para la pertinencia de una declaración de inconstitucionalidad es preciso que se dicte una sentencia de condena, es decir, que se reconozca a favor del impugnante un derecho concreto (Fallos 264:206; 294:163).

e) Se ha establecido, también, la improcedencia de la tacha de inconstitucionalidad articulada contra una ley, si la causa ha sido resuelta por la aplicación de principios jurídicos diferentes, no siendo necesario entrar al análisis de la ley impugnada (Fallos 270:74).

f) La impugnación debe formularse contra la parte que causó el perjuicio alegado (Fallos 306:1283).

5. Rasgos generales del procedimiento

Cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley, la decisión sólo tiene efectos respecto de las partes involucradas en el proceso judicial. La decisión no se expande fuera del pleito y la ley sigue vigente. Es de la esencia del Poder Judicial que los efectos de sus pronunciamientos se limiten solamente a las partes intervinientes en los litigios, sin proyectarse fuera de los mismos, siendo ésta una de las consecuencias de que el control de constitu-

cionalidad deba ser ejercido dentro del marco de un *"caso o controversia"*. Así, ha dicho la Corte Suprema al resolver la causa "Rubén Malencky" el 13/5/1966: "...el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es la prescindencia de la norma afectada por la tacha, para la solución del caso en que la cuestión se ha propuesto..." (Fallos 264:364). La cuestión fue también claramente explicada por Juan Bautista Alberdi en los términos: "La Corte Suprema declara inconstitucionales a las leyes que lo son. No las deroga porque no tiene el poder de legislar; derogar es legislar. Declarada inconstitucional una ley, sigue siendo ley hasta que el Congreso la deroga" [666].

Las sentencias de la Corte Suprema jurisprudencial cristalizan un plano de producción jurídica sobre el que nadie puede volver, salvo el propio tribunal si en un caso posterior análogo cambia su criterio, y aún así, la modificación no autoriza a sacudir retroactivamente la cosa juzgada de las decisiones adoptadas al abrigo de la jurisprudencia anterior.

6. El *certiorari* y el *per saltum*

Se trata de dos reglas de aplicación creadas por la Suprema Corte de los Estados Unidos que están destinadas a concentrar su competencia en aquellos casos de gran trascendencia jurídica y social y que por ello también han merecido atención en nuestro medio. En aquel país se encuentran reguladas en la *Judiciary Act* de 1925, de donde se ha entendido que su adopción requiere de sanción legislativa.

El *certiorari* ha sido incorporado al art. 280, CPCCN por la ley 23.774 que aumentó de cinco a nueve el número de ministros del Alto Tribunal, sosteniéndose que tales medidas se adoptaban para agilizar las tareas que desarrolla la Corte. Durante el debate de la mencionada ley se desestimó la incorporación del *per saltum* o *by pass*, recurso destinado a saltar una instancia, pasando desde la primera instancia a la Corte sin detenerse en la Cámara.

A pesar de considerarse inconveniente por el Congreso en esa oportunidad la adopción del *per saltum*, en nuestro país se realizó de manera pretoria al avocarse la Corte Suprema en la resolución de la causa "Dromi" en la que se sustanciaba ante un juzgado federal de primera instancia un amparo cuestionando el proceso de privatización de Aerolíneas Argentinas. La Corte se avocó y desestimó el amparo por falta de legitimación de los accionantes. De ese modo quedó convalidado el procedimiento y la Corte sentó una doctrina de acompañamiento a la política económica del gobierno nacional.

666 ALBERDI, Juan B., *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853*, Escuela de Educación Económica y Filosófica de la Libertad, Buenos Aires, 1979, cap. III, art. 2°, secc. XV, p. 111.

En lo concerniente al *certiorari*, el mencionado art. 280, CPCC establece que la Corte, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resulten insustanciales o carentes de trascendencia. A esta forma discrecional de rechazar recursos se la ha denominado en la jerga tribunalicia como "*certiorari* criollo". En los párrafos siguientes nos referiremos al origen del *writ of certiorari* y el *per saltum* en el derecho estadounidense y su relación con el nuestro.

Una primera cuestión que debe aclararse en este tema es la terminología. Debe decirse *writ* y no *wrigth* (*of certiorari*), puesto que no estamos hablando de un derecho subjetivo, sino de un *writ* en el sentido que el mismo tiene en el derecho norteamericano, es decir como un *mandamiento*, como una *orden* que emite un tribunal. En el caso del *certiorari* se trata de un mandamiento emitido por la Suprema Corte a un tribunal inferior para que le remita las actuaciones a fin de revisar la decisión recaída. Por el procedimiento del *writ of certiorari* tienen entrada el 85% de las causas en las cuales interviene el Supremo Tribunal norteamericano. Se trata de un recurso que ha cobrado gran importancia por el carácter discrecional con que el mismo es ejercido, lo cual le permite rechazar recursos sin más trámite y avocarse a aquellos casos de mayor importancia y trascendencia pública, preservando su carácter de último guardián de la Constitución al ejercer un control más firme y más flexible.

El tema ha despertado mucho interés en nuestro medio, donde ha encontrado críticos y defensores. Hay dos razones principales que giran alrededor de tal interés: 1) la primera es el cúmulo de tareas que agobia a nuestra Corte Suprema y la necesidad de estudiar mecanismos que puedan mejorar su función trascendente; 2) la segunda, que la elaboración por nuestro Alto Tribunal de la pauta de la *gravedad institucional* a partir del caso "Jorge Antonio" ha favorecido una evolución hacia concentrar la atención en aquellas cuestiones de interés institucional justificante.

El estudio de una institución del derecho procesal constitucional norteamericano a los efectos de considerar las posibilidades de adopción en nuestro país, requiere mantener especial cuidado en diferenciar aquellas cuestiones en las cuales nuestro régimen constitucional se asemeja al norteamericano de aquellas en las cuales existen claras diferencias, a fin de poder observar los ajustes y desajustes potenciales que podrían producirse.

Vayamos primero a las similitudes: El modelo alberdiano de nuestra Constitución Nacional ha seguido en su parte orgánica el esquema de la Constitución norteamericana. Sobre tal molde se fue desarrollando nuestro sistema de control de constitucionalidad "difuso" utilizando la terminología de Mauro Cappelleti. Se establece una Corte Suprema federal como cabeza del Poder Judicial, la cual puede actuar tanto en jurisdicción originaria como

en jurisdicción apelada, tal cual lo señalan los arts. 116 y 117 de nuestra Carta Fundamental, siguiendo al art. III de la de los Estados Unidos. Ninguna de las dos constituciones contienen normas de organización y funcionamiento de la justicia federal. En Estados Unidos se reglamentó en la *Judiciary Act* de 1797 y en nuestro país las leyes 27, 48 y posteriores.

En cuanto a las diferencias, éstas se refieren más a la tradición jurídica que al texto constitucional. La práctica judicial se encuentra directamente influida por el sistema jurídico que existía antes de sancionarse los respectivos textos constitucionales. Estados Unidos mantiene la tradición jurídica del *common law* y de la *equity* como pauta correctora para los casos no previstos por el derecho, en tanto que en nuestro país ha continuado la tradición del derecho continental o derecho codificado. Nuestro sistema, al ser más rígido, ha requerido de una interpretación más elástica, que ha ido flexibilizando el texto legal a partir de la interpretación constitucional; prueba de ello es la elaboración por la jurisprudencia del recurso de amparo, de la arbitrariedad, la regla de la razonabilidad y el debido proceso adjetivo y, más recientemente, de la gravedad institucional. En cambio el camino de la Corte norteamericana ha sido inverso: a partir de sus fallos ha ido elaborando una doctrina firme, poderosa, de gran resonancia pública, que le ha permitido irse consolidando frente al derecho disperso de los precedentes. Nos interesa destacar estos diferentes caminos o ámbitos de actuación, simplificándolos al máximo posible para diferenciar desde un primer momento al *certiorari* norteamericano de la gravedad institucional argentina. El primero restringe el marco de actuación del Supremo Tribunal, en tanto que la segunda es una forma de ampliar la competencia de la Corte. Por otra parte, mientras la gravedad institucional tiene origen pretoriano el *certiorari* es de origen legal.

A fines del siglo XIX el tribunal supremo norteamericano se encontraba sobrecargado de tareas y aunque el número de recursos no se acercaba en modo alguno a la enorme cantidad que hoy agobia a nuestra Corte, lo cierto es que la reglamentación legal del recurso de apelación o *appeal* por el Congreso había hecho que numerosas causas se congregaran en el Alto Tribunal dificultando la tarea. Para dar remedio a esto se dictó la ley de 1891 creando las cámaras federales de apelaciones y se estableció el *writ of certiorari* para los casos en que no era procedente la jurisdicción apelada o *appeal*; el *writ of certiorari* también tenía por objeto que la Corte norteamericana entendiera en los casos de sentencias contradictorias entre las *Courts of Appeal*. Esta primera inclusión del *certiorari* tuvo carácter limitado, ya que el ámbito y la propia Corte admitía que debía usar el *certiorari* con "parsimonia". Esta tímida aparición del *certiorari* no fue suficiente para resolver el problema, no obstante las reformas de 1911 y 1916, y finalmente se impuso una solución más de fondo. Ello ocurrió con la Corte del juez Taft, en cuyo período se constituyó una comisión que propuso reformas al Congreso. Éstas fueron

debatidas aprobándose el *Judge's Bill* o *Judiciary Act* del 13/2/1925, por la cual se redujo notoriamente la procedencia del recurso de apelación o *appeal*, ampliándose en mayor medida el *writ of certiorari*. Esto dio como resultado que a partir de entonces la Corte comenzó a intervenir cada vez más por esta vía, ocupando actualmente el grueso del trabajo del tribunal.

Antes de detenerme a explicar las características del *writ of certiorari*, creo importante determinar por qué vías procede actualmente la intervención de la Suprema Corte norteamericana, a fin de evitar posibles confusiones.

La Corte estadounidense puede intervenir por tres vías: a) *certification*, b) *appeal*, c) *writ of certiorari*.

a) La vía de la *certification*, que es la menos usada, se trata simplemente de una consulta efectuada al Alto Tribunal por una cámara de apelaciones o por la Corte de Reclamaciones.

b) El recurso de apelación es el camino más clásico y más importante para la intervención de la Corte. El *appeal* es el equivalente a nuestro recurso extraordinario fijado por el art. 14, ley 48. Es de jurisdicción obligatoria y en el mismo tiene gran importancia el cumplimiento de los requisitos formales. En el caso en que el Alto Tribunal rechace una *appeal* debe fundamentar el rechazo. Actualmente su ámbito se encuentra restringido a accionar contra las decisiones que contraríen la validez de una ley federal o un tratado y al caso en que un conflicto entre una ley estadual y una norma federal se resuelva en favor de la primera. También existen casos particulares en que procede el *appeal* contra decisiones de los *district courts*, cuando un Estado sea parte en un litigio o cuando se trate sobre leyes federales especiales.

c) La caracterización del *writ of certiorari* se encuentra en las *rules* o reglas del Digesto Judicial de la Suprema Corte (no se trata de textos legales sino de reglas de aplicación que surgen de los poderes expresos o implícitos del Poder Judicial). La regla 17 era la antigua regla 19 antes de la revisión de 1980 y expresa que "la revisión por *writ of certiorari* no es una obligación legal sino materia de sano arbitrio judicial y solamente será otorgada cuando existan para ello razones especiales e importantes". De tal manera resulta una competencia restringida de la Corte en los casos de procedencia de un *appeal* y una competencia amplia para el *writ of certiorari* que procede en los mismos casos en que procede el *appeal*, más en los casos en que aquél no procede. La regla 17 trae una enumeración ejemplificativa de los casos de procedencia del *certiorari*, los cuales se refieren a contradicciones entre sentencias de diferentes tribunales de apelación o a decisiones que hayan aplicado el derecho federal de manera diferente a los usos de la Corte, o bien casos en que la Corte nunca intervino.

Resulta interesante hacer una distinción entre los casos en los cuales la Suprema Corte interviene por *writ of certiorari* contra sentencias de tribu-

nales estaduales y los casos en que interviene contra sentencias de cámaras federales de apelación.

En el primer caso, siempre es necesario que haya recaído una resolución del tribunal estadual: la petición debe ser presentada ante el Tribunal Supremo y debe tratarse de una *cuestión federal sustancial* y estar adecuadamente interpuesto; ello quiere decir que se debe haber hecho mención de la cuestión federal ante el tribunal estadual para que aquél haya tenido oportunidad de conocer y pronunciarse sobre la misma. Resulta fundamental para que proceda la intervención de la Corte por avocación o *certiorari*, que la cuestión de fondo sea federal y que el litigio no se haya resuelto sobre la base de una ley local. Por su parte, en lo que se refiere a la intervención de la Corte por *certiorari* contra las decisiones de las cámaras federales de apelación, existe una tendencia jurisprudencial a partir de los casos: "Youngstown Sheet & Tuba v. Sawyer" de 1952 y "Aaron v. Cooper" de 1958, que considera viable la intervención de la Suprema Corte por *certiorari* aun cuando la gestión no haya sido resuelta por el tribunal inferior, en tanto exista una importancia pública imperiosa que justifique la desviación del procedimiento. La intervención de la Corte ha sido fundamental en la cuestión de la admisibilidad del recurso de *certiorari*. Ya hemos señalado que la regla 17 del Digesto Judicial requiere que se trate de cuestiones especiales e importantes. La medida de la importancia ha sido señalada en el caso "Rice v. Sioux City Cemetery" donde se dijo que la importancia debe ser medida en función del interés público y no del interés de las partes. El juez Frankfurter, relatando la posición del tribunal, dijo que "razones especiales e importantes implican llegar más allá de lo académico y lo episódico...".

Para que una cuestión de *certiorari* sea tratada requiere el voto afirmativo de cuatro de los nueve justicias del tribunal. Esta regla fue garantizada por la Suprema Corte al Congreso al debatirse la ley 1925, a fin de asegurar el efectivo otorgamiento del *certiorari*. Cuando no se alcanza ese número el *certiorari* es rechazado. La propia Corte ha señalado que tal rechazo no implica pronunciamiento alguno sobre el fondo de la cuestión, aunque en la opinión del foro y en la teoría corre en sentido inverso; ello fundamentalmente porque en la mayoría de los casos en los cuales la Corte interviene por *certiorari*, lo hace para revocar el fallo del tribunal inferior. De tal manera se sostiene que la no admisibilidad supone consentir la sentencia del tribunal actuante.

Por tal motivo, en reiteradas ocasiones algunos jueces han sostenido la conveniencia de que la Corte fundamente algunos de sus rechazos por *certiorari* para ilustrar a la opinión pública.

En el caso "Maryland v. Baltimore Radio Show", la Corte fundamentó su rechazo diciendo que pueden existir numerosas razones, desde que no se hayan cumplido los requisitos formales hasta que no se alcance el número de cuatro jueces; estableciendo que puede haber razones de política judicial

para que esto así suceda, y que a veces las cuestiones se presentan oscuras en cuyos casos es necesario un mayor tiempo de maduración para poder juzgar con sabiduría.

En párrafos anteriores mencionamos el interés por el *certiorari* en la Argentina a la luz de la sobrecarga de tareas de la Corte; en efecto, como mero dato referencial digamos que llegan a la Corte más de 4.000 causas por año, de las cuales el 90% corresponden a recursos extraordinarios o de queja por denegación a lo que cabe sumar un número altamente significativo de recursos en materia previsional. El otro aspecto que mencionábamos era la flexibilización en la aplicación del recurso que había iniciado la Corte a partir del caso "Jorge Antonio" permitiendo "superar los ápices procesales frustratorios" cuando existan aspectos de gravedad institucional justificantes. Esta doctrina, junto a la doctrina de las cuestiones federales insustanciales, ha ido acercando a la Corte a la utilización de mecanismos que se aproximan de alguna manera al *certiorari* norteamericano, a tal punto que hay algunos autores que hablan del "nuevo recurso extraordinario". En esta dirección se han dado paulatinos avances de nuestro tribunal, como a) la doctrina del caso "Strada", de abril de 1986, donde se determina que el supremo tribunal de la causa es el órgano judicial erigido como superior en la provincia y se dice que los litigantes deben utilizar necesariamente las vías procesales locales para alcanzar la decisión final; b) lo cual se relaciona con la exigencia de que los superiores tribunales de la causa lleven a cabo un prolijo análisis y fundada resolución sobre la administración del recurso extraordinario; c) también cabe señalar la acordada de la Corte del año 1985 por la cual transforma en facultativa la intervención del procurador general de la Nación en cuestiones de competencia o inconstitucionalidad; d) podemos señalar las llamadas fronteras móviles en las causas descalificatorias de la arbitrariedad; y e) el rechazo por incumplimiento de requisitos formales expresado en diferentes fórmulas emitidas por la Corte, todas ellas flexibilizadoras de la actividad del tribunal pero insuficientes para liberarlo de su pesada carga. Frente a esto, y en la búsqueda de una solución más rápida y a la vez efectiva, se han formulado propuestas de reformas para incorporar el *certiorari* por vía legal. La adopción por ley fue propuesta por primera vez por el diputado López Serrot en 1959 para los casos del art. 14, ley 48 cuando existiera interés institucional bastante, alegando la necesidad de "racionalizar la competencia de la Corte". El proyecto no fue aprobado, con posterioridad no ha habido otras propuestas de incorporarlo hasta los proyectos de la Comisión formada en la Secretaría de Justicia en el año 1984 y la del diputado Vanossi, dirigidas a reformular los arts. 14 a 16, ley 48 algunas normas del Código Procesal.

El proyecto de la Comisión propuso también la avocación *per saltum* y en cuanto al *certiorari* propiamente dicho propuso que la Corte pueda de-

sestimar los recursos por falta de agravio federal suficiente o ante cuestiones insustanciales. En el Proyecto Vanossi la propuesta de incorporar el *certiorari* fue más contundente, en tanto que el examen de la admisibilidad del recurso se hace en el Supremo Tribunal de la causa, a los efectos de comprobar si de los agravios resulta que el recurso tenga "trascendencia general o institucional que exceda el mero interés del apelante". Para el caso de los recursos de queja tal análisis de la admisibilidad se hará en la propia Corte; de esta manera, se establecería un verdadero filtro a nivel de los Tribunales Superiores de provincia para que la Corte considere recurso extraordinario solamente a aquellos casos en que exista interés institucional. Se busca restablecer el carácter extraordinario del recurso, ya que según se ha dicho, en nuestro medio la ampliación de la competencia de la Corte lo ha ido convirtiendo en un recurso ordinario. Lamentablemente, ninguno de estos dos proyectos ha tenido tratamiento legislativo.

El segundo dictamen para la reforma constitucional contempla la propuesta de incorporar el *certiorari* y el *stare decisis* en el art. 101 bis, elaboración que fuera formulada por Genaro Carrió. Se propone el *stare decisis* sobre el *holding* o parte esencial de la sentencia, descartando el llamado *obiter dictum* y propone que la Corte pueda intervenir abocándose a pedido de parte en los casos que revistan gravedad institucional, rechazando al mismo tiempo aquellas cuestiones que no revistan interés.

Frente a este abanico de posibilidades que hemos descripto para incorporar el *certiorari*, que van desde la adopción pretoriana por la Corte Suprema hasta la incorporación en el texto constitucional, se plantea un debate en cuanto a la conveniencia o no de adoptarlo por ley: a) que los elabore la Corte; b) que se incorpore por ley. a) Existen discrepancias doctrinarias al respecto, la primera de ellas fue la del Dr. Boffi Boggero en los casos "Jorge Antonio" y "Adela Méndez de Basombrío" donde sostuvo que incorporar una institución de las características del *certiorari* en nuestro medio era forzar el texto legal y que en todo caso debía procederse dictando una ley al efecto como se hizo allí en 1925. La otra dificultad de una incorporación judicial paulatina es la necesidad de una solución pronta, que la actual situación requiere; b) la vía legal parece ser la más apta para incorporar el *certiorari* en nuestro medio pero debe reconocerse que hasta el momento ha encontrado algunas resistencias, ello probablemente no esté alejado de la característica resistencia al cambio de nuestra sociedad. Se ha sostenido que la adopción del *certiorari* en nuestro país provocaría inquietud e inseguridad en el medio jurídico en virtud de que muchos recursos pasarían a ser rechazados sin fundamentación alguna; se dice que esto sería contradictorio con la propia jurisprudencia del Alto Tribunal en tanto actualmente se requiere la fundamentación de todas las decisiones, en caso contrario se incurriría en uno de los supuestos de arbitrariedad. Las disidencias en este aspecto tienen que ver con una cierta prevención a que se produzca una situación de desprotección judicial o de una disminución en la administración de justicia. Por eso algunas propuestas prefieren un tribunal de Casación ubicado en un nivel intermedio entre la Corte y los tribunales superiores que entendería en los supuestos de arbitrariedad, quedando reservado a la Corte el conocimiento del tema propiamente constitucional. En tal sentido hubo propuestas de los Dres. Caballero y Belluscio. No es ésta la única propuesta, también se ha hablado de una antecorte que se pronuncie sobre la admisibilidad de los recursos y hasta de una *Junior Court* o Corte Joven, como existe en los Estados Unidos, es decir, jerarquizando el papel de los secretarios y relatores quienes redactan memorándum, sobre cuya base deciden los magistrados. Todas las propuestas denunciadas tienen a la vez sus críticos, el tema es difícil; a las prevenciones de extrapolar una institución de otro sistema jurídico se agrega la importancia de que sean los mismos jueces quienes decidan y no otras personas por ellos, ya sea otorgando la admisibilidad o estudiando y leyendo la causa para decidir.

Quisiéramos finalizar resaltando una cuestión que nos parece importante y que va más allá de este debate. Se trata de salvaguardar el rol fundamental que le cabe a la Corte Suprema en nuestro sistema tanto más cuando las relaciones entre los poderes políticos del Estado son hoy cada vez más complejas e interdependientes. No cuestionamos si otras instituciones del derecho comparado resultarán más aptas o no que el *certiorari*, para fortalecer a la Corte tal vez no se trate de reformar sólo un aspecto sino varios; sí y en principio hemos procurado señalar al *writ of certiorari* como un instrumento que en Estados Unidos resultó apto para devolver a la Corte su rol trascendente. No compartimos los temores del senador Fassi, expresados en un debate sobre la arbitrariedad en el año 1964, y no creemos que el ejercicio del *certiorari* por nuestra Corte implique poner las cuestiones federales de la Nación a su "graciosa concesión"; pensamos que nuestras frecuentes calamidades políticas no se han debido jamás a los abusos del Poder Judicial.

Por el contrario, recordamos las páginas de Hamilton en *El federalista* en cuanto a que "...el Judicial no tiene influencia ni sobre la espada ni sobre el dinero; no dirige la fuerza o el bienestar de la sociedad, y no puede adoptar resolución activa alguna. Podría decirse que en verdad no posee la fuerza ni la voluntad, sino sólo el juicio...".

Frente a estos posibles temores que el *certiorari* ha provocado en nuestro medio, queremos concluir citando a Hughes, en su obra *La Suprema Corte de Estados Unidos* cuando dice que la excesiva o desmesurada amplificación de la jurisdicción de la Corte puede deparar un debilitamiento de su poder real, es decir, que hay una relación inversamente proporcional entre la amplitud de la competencia y la magnitud del "poder". La afirmación del

veterano juez fue terminante: "Tal vez el factor decisivo en la historia de la Corte de los Estados Unidos es la reducción progresiva de su jurisdicción".

7. Garantía de los derechos y libertades fundamentales

Sin perjuicio del control de constitucionalidad de carácter difuso que ejercen los jueces y del recurso extraordinario federal que corresponde resolver a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su carácter de último intérprete de la Constitución en los casos mencionados del art. 14, ley 48 y en los supuestos de *"arbitrariedad"* y *"gravedad institucional"* creados por la jurisprudencia; existe en nuestro sistema un procedimiento excepcional y sumario como garantía de los derechos fundamentales que es la denominada *"acción de amparo"*.

La acción de amparo también fue el producto de la elaboración *"pretoriana"* de la Corte Suprema en los fallos "Ángel Siri" (1957) y "Samuel Kot" (1958), concediendo por primera vez esta garantía contra actos del poder público, en el primer caso, y contra actos de particulares, en el segundo. La Corte entendió al amparo como una garantía implícita en la Constitución (art. 33) considerando que todo derecho es operativo por el solo hecho de estar en la Constitución. Sin embargo, la ley 16.986 que reglamentó el procedimiento del amparo contra actos del poder público estableció que el amparo no era idóneo para declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos y ordenanzas (art. 2°), limitando su ámbito a la restitución de una situación de hecho.

Sin embargo, la jurisprudencia fue morigerado esa posición a partir de los fallos. En 1967, en el caso "Outón" (Fallos 267:215) consagró la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas de alcance general en el amparo. La doctrina mayoritaria ratificó ese criterio pero la jurisprudencia mostró, empero, algunas vacilaciones hasta que la Corte, en las postrimerías de 1990, en el fallo "Peralta, Luis Arcenio v. Estado nacional (Ministerio de Economía y Banco Central) s/amparo" ratificó la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad dentro del marco de una acción de amparo.

La reforma constitucional de 1994 incorporó de manera expresa la garantía constitucional del amparo en el art. 43 que forma parte del nuevo capítulo de la primera parte denominado "Nuevos derecho y garantías". El artículo reguló el amparo como garantía genérica de los derechos constitucionales, incluyendo como especies particulares del mismo al amparo colectivo (art. 43, párr. 1°, 2ª parte) y el "hábeas corpus" (art. 43, párr. 4°), que por ser especies de un mismo género, participan de los mismos principios aplicables al amparo en materia de control de constitucionalidad. Según lo expresa el art. 43 de la Constitución "...En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...".

En cuanto al procedimiento del juicio de amparo, el mismo tiene el carácter sumarísimo, siendo los plazos de interposición, contestación de demanda, prueba y sentencia, muy abreviados. La interposición por sí misma de la acción de amparo no suspende el acto impugnado, a menos que recaiga sentencia en tal sentido o que se haga lugar a una medida cautelar de "no innovar". La sentencia en el juicio de amparo es apelable en ambos efectos.

8. Actos susceptibles de ser sometidos al control de constitucionalidad

Conforme reza el texto del art. 43, incorporado a la Constitución Nacional en 1994, *"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley"*.

La norma contempla tanto el caso de actas de los poderes públicos como los actos de particulares. Normalmente el amparo procede contra actos de poderes públicos, ya que es desde allí de donde suelen provenir la mayor cantidad de vulneraciones a los derechos constitucionales. La amplitud de la fórmula constitucional ha llevado a los juristas que sostienen la tesis más generosa en cuanto a extender la aplicación del amparo, que el mismo también sería procedente contra las sentencias del Poder Judicial si se diera el supuesto de "arbitrariedad". Una posición más moderada, en cambio, entiende que sólo podría caber el amparo contra actos de tipo administrativo del Poder Judicial pero no frente a su actividad puramente jurisdiccional que sólo puede ser objeto de revisión por los recursos ordinarios. El amparo es procedente, en lo que a actos del poder público se refiere, tanto contra leyes como contra decretos del Poder Ejecutivo, no siendo requisito de procedencia el agotamiento previo de la vía administrativa, según se estableció en la reciente reforma constitucional.

La procedencia del amparo contra actos de particulares es tradición constitucional en la Argentina desde 1958 encontrándose regulado ese procedimiento específico en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación bajo la forma del procedimiento sumarísimo. En la actualidad, cobra especial relevancia esta modalidad toda vez que habilita la interposición de la acción contra las empresas de servicios públicos privatizados y otras formas especiales de monopolios que conforman los denominados "poderes privados".

Finalmente, es de destacar que la nueva amplitud otorgada al amparo en la Constitución hace procedente la acción no sólo cuando esté en juego derechos y garantías reconocidos por la Constitución, sino, además, a los que estén reconocidos por una ley o por un tratado. Esta última posibilidad

tiene singular importancia en tanto el constituyente otorgó "jerarquía constitucional" a una lista de tratados sobre derechos humanos que enumera el art. 75, inc. 22 de la Constitución.

Como resulta del texto transcripto *ut supra*, quienes pueden interponer el amparo son las personas, término de gran amplitud que incluye las categorías de ciudadano, habitante y extranjeros, sean éstos residentes o de mero tránsito, como ha consagrado la jurisprudencia y se encuentren afectados los derechos fundamentales. Como es lógico, por otra parte, el término "persona" es tanto comprensivo de las personas físicas, como de las personas jurídicas.

La jurisprudencia tradicional en la materia ha exigido la vulneración de un derecho subjetivo como requisito de procedencia del amparo. Este requisito, sin embargo, ha sido morigerado expresamente por la Convención Constituyente de 1994 que para el caso de los denominados "derechos de incidencia colectiva" (art. 43, párr. 2º, 1ª parte) otorga la legitimación al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que se registren conforme a la ley y que tengan por objeto la protección de los derechos de incidencia colectiva (derechos que protegen el ambiente, la competencia, usuarios y consumidores).

Para el caso particular del "hábeas corpus", y habida cuenta de que el mismo tiene por objeto específico la garantía de la libertad física, la acción puede ser interpuesta "...por el afectado o por cualquiera en su favor...", contemplándose no sólo la efectiva restricción de la libertad física sino también el agravamiento de las condiciones de una detención, como el caso específico de la desaparición forzada de personas.

La sentencia que recae en el juicio de amparo hace cosa juzgada respecto del amparo, lo que significa que la misma cuestión no puede volver a replantearse en un nuevo proceso amparista, pero deja abierta la posibilidad de promover igual cuestión por una vía judicial diferente del amparo, si es que en el amparo se ha rechazado la pretensión en él articulada por faltar algunos requisitos extrínsecos (por ej. ser necesaria mayor amplitud de debate y prueba, o tratarse de cuestión opinable, etc.).

La ley 16.986 establece al respecto un sistema según el cual la sentencia hace cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de otras acciones o recursos que puedan corresponder, respecto del mismo acto lesivo, con independencia de aquél.

Como también señalamos en otra parte, la sentencia recaída en el juicio de amparo es apelable en ambos efectos.

9. El control de constitucionalidad en orden a la distribución territorial del poder

La justicia federal es competente para intervenir en todas las causas en que la Nación sea parte (art. 116). Como también explicábamos, la Corte Suprema interviene en grado de apelación, pero existe un procedimiento especial, en el que la Corte Suprema interviene con competencia originaria y exclusiva que está contemplada en el art. 117 de la Constitución. Esta competencia originaria y exclusiva procede en dos casos: 1) en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros: y 2) en los casos en que una provincia fuese parte.

El control de constitucionalidad en los conflictos interjurisdiccionales ha sufrido limitaciones prácticas con la aplicación de la doctrina de las "cuestiones políticas no judiciales" que ha establecido criterios jurisprudenciales en materia de intervención federal, donde se aplica la doctrina del caso "Cullen v. Llerena" que considera que no puede ser revisada por los jueces la procedencia de la medida.

Conforme la posición del profesor Germán Bidart Campos, las cuatro causas en que el art. 117 admite la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte Suprema en materia de conflictos interjurisdiccionales son las siguientes [667].

a) "provincia" con "provincia";
b) "provincia" con "vecinos de otra provincia";
c) "provincia" con "ciudadano extranjero";
d) "provincia" con "Estado extranjero".

El art. 24, dec.-ley 1285/1958 regula de la siguiente manera la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema. Dice que conocerá de tal forma: "En todos los asuntos que versen entre dos o más provincias y algún vecino o vecinos, de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una provincia y un Estado extranjero".

A los efectos del artículo, se consideran vecinos:

a) las personas físicas domiciliadas en el país desde dos o más años antes de la iniciación de la demanda, cualquiera sea su nacionalidad;

b) las personas jurídicas de derecho público del país;

c) las demás personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el país;

d) las sociedades y asociaciones sin personería jurídica, cuando la totalidad de sus miembros se halle en la situación prevista en el ap. a).

Nos remitimos a lo ya expuesto en tanto las sentencias que recaen en este tipo de juicios participan de las mismas características generales de las demás sentencias en que la Corte Suprema ejercita el control de constitucionalidad.

667 Conf. *Tratado e[l]mental de derecho constitucional argentino*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 605.

10. Control de constitucionalidad de partidos políticos y control de elecciones

En la Argentina, las cuestiones electorales fueron consideradas, tradicionalmente, políticas y ajenas, como tales, a la decisión de los tribunales. Durante largo tiempo, por expresa decisión judicial, los problemas vinculados con los problemas internos de los partidos políticos, oficialización de las listas de candidatos, etc., estuvieron excluidos del control judicial. Sin embargo, ésta es hoy en día una tendencia abandonada, y puede decirse que las cuestiones electorales ya no integran el catálogo de los asuntos retraídos de la revisión de los jueces. Así, en la sentencia recaída en la causa "Partido Intransigente" (Fallos 284:446 del 26/12/1972) se permitió a dicha agrupación partidaria oficializar listas de candidatos a legisladores nacionales, en tanto que en "Frente Justicialista de Liberación" (Fallos 285:410 del 14/5/1973) la Corte dirimió, lisa y llanamente una elección provincial.

La creación de un fuero especializado dentro de la justicia federal para entender en cuestiones electorales y de partidos políticos ratifica esa posición; a partir de la ley 19.108 que estableció la Cámara Nacional Electoral y un juzgado federal con competencia electoral de primera instancia en cada uno de los veinticuatro distritos.

La doctrina de las "cuestiones políticas" ha inhibido al Alto Tribunal de entender en causas que se consideran propias de la órbita de los otros poderes del Estado. Así ocurre con el denominado "juicio político" que es materia propia del Poder Legislativo, los casos de "indulto y amnistía", y la ya referida "intervención federal", entre otros. La jurisprudencia tradicional también consideró que era "cuestión política no judiciable" la declaración del estado de sitio, pero la ley 23.098 de hábeas corpus dispuso la posibilidad de revisión por los jueces.

En materia de control del procedimiento de sanción de las leyes, la Corte Suprema de Justicia argentina ha declinado ejercerlo, señalando que "...sólo conoce acerca de las leyes una vez que ellas existen como tales..." (Fallos 210:855 del 28/4/1948). Entiende la Corte que se trata de una cuestión interna del Poder Legislativo y, mientras la ley tenga apariencia de tal, mientras esté rodeada de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan su creación, como tal, no es asunto judicial investigar su validez formal.

CAPÍTULO XX

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. La interpretación constitucional

La interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición. Para tal exégesis, se han propuesto cuatro métodos fundamentales —elaboración que corresponde a Federico Carlos de Savigny— que originan las cuatro especies de interpretación denominadas: gramatical, histórica, lógica y sistemática —siendo que ninguna de ellas se emplea en solitario sino que la sistemática comprende la utilización de las otras tres—. Por la índole del intérprete, se distingue la interpretación auténtica (del legislador) de la usual (la de los jueces y magistrados) de la doctrinal (la de los autores o los jurisconsultos). Por el desenvolvimiento que al precepto se le atribuye se habla de interpretación estricta (la literal o la limitada a los casos previstos por la ley) y la extensiva (la que se aplica a supuestos análogos, más o menos previsibles por el autor del texto).

Las definiciones descriptas responden a una elaboración científica de raíz predominantemente civilista y ha sido, en realidad, en el ámbito del derecho privado donde verdaderamente se ha construido una técnica de la interpretación, de alto contenido dogmático. De ese modo, para Forsthoff sólo es válido el método jurídico-tradicional de interpretación, concebido como una actitud mediadora para la subsunción del caso en la norma en el sentido de la conclusión silogística. Cuando la interpretación de los derechos fundamentales deja de ser una actividad jurídica basada en normas (para convertirse en una tarea filosófica de intuición de valores) el propio proceso interpretativo pierde racionalidad y evidencia y amenaza la propia certeza de la Constitución.

La "dogmática", reveló una notoria influencia de la Escuela Histórica Alemana (Savigny) en los criterios y métodos para la interpretación constitucional. A esta Escuela se debe la idea de la "rigidez" de las constituciones liberales, a los efectos de garantizar su contenido frente a cualquier intento de modificación. La estructura de la Constitución se dividió así en una "par-

te dogmática" o *bill of rights* de acuerdo con la denominación anglosajona y una "parte orgánica" o *frame of government*.

Respecto de la primera parte se concibe la caracterización de los denominados "derechos públicos subjetivos", de modo tal que, tratándose de una relación Estado-ciudadano, una interpretación superadora elaborar una categoría que supere la posición de mera autodefensa de los ciudadanos frente al Estado, para ampliar una participación activa, progresiva y conciente en el ámbito social y aun superar la división de la Constitución en partes, dado que, como destaca Pérez Luño, las garantías normativas de la Constitución se encuentran dispersas, en realidad, en la totalidad del ordenamiento constitucional. Prueba de ello es que en España Lucas Verdu considera que tienen valor constitucional algunas disposiciones del Código Civil, aun cuando las mismas no integren el texto normativo constitucional.

El tipo de razonamiento convencionalista premoderno toma como razón última (*ultima ratio*) para justificar acciones o decisiones, la regularidad de conductas y actitudes, cualquiera sea su valor, de acuerdo con principios aceptados autónomamente. Ese tipo de razonamiento (que no respeta las exigencias de un discurso moral propio de una cultura universalista, da lugar a prácticas sociales estáticas y ritualistas, en las que las sucesivas conductas y actitudes no agregan nuevos elementos de juicio a los precedentes.

En América latina las constituciones han seguido en general el esquema tradicional de división en parte dogmática y parte orgánica, denominándose en general a la primera "declaraciones derechos y garantías" y no valores, principios y reglas del ordenamiento como en el caso de la Constitución española. Es de destacar que al reformarse la Constitución Nacional en 1994, prohibió expresamente en la ley declarativa 24.309 toda modificación a la primera parte, ocurriendo que sin embargo se produjeron adiciones al plexo axiológico o valorativo en otras partes de la Constitución, dando lugar a lo que Sagüés denominara como "contrabandos normativos".

Frente a esta actitud rígida muchos autores sostienen la necesidad de aplicación de una teoría de los valores en la interpretación de la normativa constitucional, especialmente en lo relativo a derechos fundamentales. La teoría de los valores está basada en consideraciones de tipo moral que resultan de la aceptación generalizada y universalista de un sistema de derechos humanos que condiciona a los ordenamientos jurídicos de manera tal que algunos autores hablan de un nuevo "iusnaturalismo" que estaría dado por el sistema de derechos humanos, a la manera de una "nueva ética" propia del mundo occidental. Así ha dicho Kruger que antes "los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley; hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales". Circunstancia que también sirve para explicar la "desligitimación" de las legislaciones positivistas a medida que la fundamentación del Estado Moderno se fue separando de las fundamentaciones de tipo iusnaturalista que le dieron origen y que encuentra una nueva legitimidad en el sistema de derechos humanos.

Desde ese punto de vista, los aportes de la dogmática se manifiestan en la "tópica" que hace énfasis en el carácter "cerrado" de los textos para encontrar dentro del propio sistema, a través del silogismo y del método de la subsunción de la premisa menor en la premisa mayor la construcción de una interpretación cerrada en el mismo ordenamiento. Para Kelsen no existirían lagunas dentro del ordenamiento positivo y el método lógico a partir de una interpretación literal y sistemática de los textos evita las valoraciones que son ajenas al mundo jurídico. La "hermenéutica", por su parte, realiza sus aportes a través de la prosecución completa del sentido de la norma hasta el momento de ser aplicada. A estos métodos "formalistas" se deben, sin embargo, considerables aportes a la interpretación constitucional como 1) la tendencia a la concretización de los textos y 2) la elaboración de los principios orientadores de la interpretación constitucional, que no se reducen a formulaciones clásicas de interpretación general como *a fortiori*, *a pari*, etc. sino que se expresan en verdaderos principios de interpretación constitucional, tales como:

— unidad;
— concordancia;
— efectividad;
— funcionalidad;
— fuerza integradora;
— fuerza normativa de la Constitución.

Se fundan también en la tópica algunos principios aplicables en materia de derechos fundamentales, como el de *in dubio pro libertatis*.

La "hermenéutica", por su parte, aporta la idea fundamental en cuanto a que la ya mencionada "concretización" de la norma fundamental no podrá ser realizada si no hay una previa "precomprensión" del intérprete. Frente a la hermenéutica basada en la mera ontología del lenguaje y en la hipostasis del concepto de tradición, Habermas reivindica una hermenéutica críticamente ilustrada capaz de distinguir el "conocimiento" del "enmascaramiento". Dicha hermenéutica vincula la comprensión al principio del discurso racional, a tenor del cual sólo se garantiza la verdad por el consenso alcanzado y duradero obtenido en la situación ideal de una comunicación no limitada y libre de dominio.

Es interesante ver, como lo hace Luis López Guerra en su *Introducción al derecho constitucional*, que existe una cantidad de conceptos "preconocidos" por los intérpretes del derecho constitucional y que han pasado a conformar una suerte de tradición o patrimonio de valores aceptados por un constitucionalismo europeo y occidental en los doscientos años que llevan desde las grandes revoluciones y el establecimiento del Estado constitucional. Tales valores se entienden comprendidos y previamente conocidos y se

relacionan con el concepto de Estado, de democracia, de derechos fundamentales, soberanía, responsabilidad política, etc. Tales conceptos han sido compartidos por muchos países como consecuencia de una evolución histórica. Es por eso que el autor citado habla de la formación de un "lenguaje común del derecho constitucional" y —aún más— el Tratado de la Unión Europea del 7/2/1992 (Tratado de Maastricht) reconoce, en su art. F la existencia de unas "tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario". A esto se agrega la similitud de situaciones, el fenómeno de la difusión cultural debido a la intercomunicación política, social y académica; de forma tal que se cuentan con una cantidad de conceptos técnicos de derecho constitucional que tienen gran valor como herramientas interpretativas.

No hay dudas de que aparecerán divergencias en torno de la propia naturaleza de la Constitución y de su consideración específica como norma jurídica o como programa político. Si la Constitución es un "programa político" o un mero catálogo de valores abiertos, poca cabida tendrá la interpretación jurídica. En cambio si estamos ante una norma jurídica —aunque— fundamental, aparecerá con mayor claridad y especificidad la necesidad de su interpretación. Se trata, en definitiva y siguiendo a Manuel García Pelayo, de qué "tipología" de Constitución se adopte: a) racional-normativa, b) histórica o c) sociológica como reflejo de los "factores reales de poder". De modo que es dentro de la primera —racional-normativa— que cabe hablar de la posibilidad de una "interpretación constitucional".

Frente a esto es importante señalar la existencia de una corriente interpretativa que ha puesto el énfasis en la Constitución material, oponiéndola al concepto de Constitución formal o "normativa". El origen de esa tesis se debe a la obra de Constantino Mortati *La Costituzione in senzo materiale*, produciéndose una extensión del término que admite al menos tres significados:

1) Una acepción que podríamos denominar "sociológica" basada en la realidad, de modo que la Constitución como "realidad" se acercaría a la posición de Lasalle cuando identificara el sistema político con "los factores reales de poder", relegando el significado de la Constitución, en su celebre discurso, al de una "hoja de papel".

2) Una segunda acepción que podríamos denominar "política", que agruparía a las "decisiones básicas" que servirían de fundamento a la "Constitución formal". Se aproxima a la tesis decisionista de Carl Schmitt, de donde existe un núcleo esencial, "pétreo" que no puede reformarse porque ello supondría el fin del sistema político creado por la Constitución.

3) Una tercera acepción "axiológica" interpreta a la Constitución material como un sustrato de valores superiores dentro del ordenamiento constitucional. De modo que sería una suerte de "orden natural" superior al orden positivo.

Las interpretaciones sobre la base de la "Constitución material" opuesta a la "Constitución formal" han extendido en la Argentina la interpretación originaria de Mortati y han sido sostenidas principalmente por Bidart Campos, desde una perspectiva "trialista" favorecedora de los procesos de "mutación constitucional" y de "integración de lagunas axiológicas". También Sagüés ha sostenido el valor de la Constitución material desde una perspectiva ideológica para la integración de "lagunas" dentro del texto constitucional, para este último autor, los principios de la "moral cristiana" deben ser tenidos en cuenta a la hora de la interpretación por encontrarse en el "techo ideológico" de la Constitución.

Especialmente gravoso para la interpretación constitucional en la Argentina ha sido la extensión del concepto de "Constitución material" en su acepción sociológica a la denominada "doctrina *de facto*" acunada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de una triste acordada después de la revolución militar de 1930 donde justificara el *facto* imprimiendo legitimidad normativa a los actos del gobierno revolucionario.

Elementos relacionados con la segunda categoría, es decir, con aspectos "decisionistas" como cuerpo material dentro del marco formal de la Constitución fueron los que en la Argentina sostuviera Arturo E. Sampay y que en parte se revelaran en el proyecto de Constitución peronista de 1949. La reforma constitucional de 1994 no convalidó esa experiencia histórica al no reconocerle su legitimidad en el ámbito del ejercicio del poder constituyente reformador.

La politización también aparece como una de las posibles deformaciones en que puede presentarse la interpretación constitucional. No porque deba desconocerse la naturaleza política ínsita en el derecho constitucional y que resulta ser, precisamente, otra de sus peculiaridades. Esa politicidad está siempre presente y debe estarla también en una actividad interpretativa sobre actos que revisten naturaleza política, de modo tal que la regla de la razonabilidad es la que prevalece en este tipo particular de interpretación, sustituyendo a la lógica y al silogismo propio de un sistema de subsunción como es el que caracteriza a la interpretación de las normas generales.

Pero el problema se presenta con toda su plenitud cuando es solamente un criterio de tipo político el que prevalece en la interpretación, cual es el que muestra el denominado uso alternativo del derecho, denunciado en el famoso Congreso de Catania de 1972 para proponer la sustitución de jueces burgueses favorecedores de la acumulación de capital por jueces proletarios, de modo tal que las mismas normas recibieran una orientación política diferente. Cabe destacar, en ese sentido, que el "uso alternativo del derecho" se presenta como un criterio ambivalente, de modo tal que no necesariamente lleva como objetivo político favorecer al proletariado. Si bien tiene el mérito de aparecer como superador del mero formalismo en la interpretación,

al basarse en valores, no dejan de advertirse sus peligros, algunos de los cuales pueden encontrarse en ese verdadero laboratorio de las ciencias sociales cual es la experiencia histórica. Cuenta Pérez Luño que en 1924, Carl Schmitt opuso a la opinión predominante sobre el famoso art. 48.2, Constitución de Weimar, una opinión "decisionista", que vaciaba de contenido al artículo al eliminar los criterios restrictivos.

Un tema diferente es la pauta política en la interpretación constitucional conforme, según lo ha expuesto García de Enterría. También se ha hablado, en ese sentido, de la "fórmula política" como pauta integradora de los valores del ordenamiento con la totalidad del sistema jurídico, y no es ajena a la interpretación el propio carácter político de los órganos de interpretación constitucional, cuyo paradigma en ese sentido —y sin dudas— podemos encontrarlo en la Suprema Corte de los Estados Unidos y en la labor de interpretación constitucional como control político a partir de "Marbury v. Madison" en 1803. De allí siguió un crecimiento de la doctrina del "control de constitucionalidad" basada en el principio de supremacía (*The Supreme Law of the Land*) y morigerada por la teoría de la *self-restriction* predominante que originó a su vez la doctrina de las llamadas *political questions* como contrabalance al temido "gobierno de los jueces".

Explica muy bien Fernández Segado y así también lo hace Rubio Llorente que la politización de la función jurisdiccional de interpretación llegó más tarde a Europa, con la creación de los tribunales constitucionales como órganos de control "negativo", toda vez que fueron históricamente los parlamentos los que encarnaron —en la visión rousseauniana— la representación de la soberanía popular frente a las monarquías, en tanto que en los Estados Unidos, al nacer democráticamente a la vida política, no existió esa función en el Legislativo que nació como un órgano más, en igualdad de condiciones. La inicial adversión europea de controlar al legislador se fue abriendo camino con el control negativo, al tiempo que la Constitución pasó a acentuar su carácter jurídico. Destaca muy bien Pizzorusso en sus *Lecciones de derecho constitucional* al describir particularmente la situación italiana, pero también la europea, que la Constitución no aparece ya como un mero catálogo de principios y valores sino que hay una función normativa de interpretación, de *rapporto*, de contraste constitucional, aun en los actos que hacen a la actividad administrativa del Estado, concepto que es compartido por Zagrebelsky.

Una especial prevención merecen también los criterios puramente filosóficos en la interpretación constitucional. Si bien dice otra vez Pérez Luño que "La interpretación constituye el punto de encuentro donde confluyen y se entremezclan los procedimientos metódicos de la ciencia y de la filosofía del derecho y el banco de prueba de la respectiva validez de sus postulados".

No parece razonable circunscribir con exclusividad la actividad interpretativa a postulados filosóficos. La tendencia a la interpretación constitucional sobre la base de valores y métodos provenientes de la filosofía y de la filosofía política se incrementó entre nosotros en los últimos tiempos, debido en gran parte a la importante influencia que en esta materia tiene la doctrina constitucional norteamericana, que ha pasado desde una tendencia jurisprudencialista a una análisis basado en la filosofía política, e —inclusive— en el análisis económico del derecho (*Law & Economics*), sin descartar la importancia que ha tenido en este sentido el llamado "realismo jurídico" impulsado por Oliver Wendell Holmes a partir de 1912.

No escapan los análisis interpretativos que se han realizado a partir de los valores, siguiendo las tesis de Rawls sobre *La justicia como imparcialidad* o de Dworkin sobre la relevancia moral de los derechos. En la Argentina, autores como Alchourron y Buligyn se han ocupado de la interpretación constitucional desde la filosofía, procuran debatir los postulados ya formulados por Kelsen y por Alf Ross. Resulta particularmente relevante la posición sostenida al respecto por Carlos Nino, en cuanto a que no cabría dejar librada la interpretación constitucional a un puro análisis de filosofía política, atento a las propias necesidades del ordenamiento jurídico y atenta su típica forma de razonamiento "escalonado" y agrega —parafraseando a Marshall— "No hay que olvidarse que es una Constitución lo que estamos interpretando".

Una importante contribución en ese sentido se debe a Konrad Hesse quien formulara la tesis sobre "la fuerza normativa de la Constitución", destacando la dimensión jurídico-normativa de la interpretación constitucional. Esa tendencia fue seguida en España por Eduardo García de Enterría, en su obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* y de allí pasó también al ámbito de la doctrina constitucional argentina con el libro del profesor Germán Bidart Campos titulado *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, enfatizando —justamente— la fuerza normativa del derecho de la Constitución frente a la "textura abierta" de la reforma constitucional de 1994.

Para Konrad Hesse se trata de lograr un equilibrio capaz de evitar el sacrificio de la dimensión normativa de la Constitución ante las condiciones de la realidad, así como la consideración formalista de la normativa constitucional ajena a la realidad y carente de contenido. Entre las condiciones que permiten la consecución de ese equilibrio destaca lo que denomina "voluntad de la Constitución" *(Wille zur Verfassung)* y que Pablo Lucas Verdu tradujera a nuestra lengua como "el sentimiento constitucional". Tal "voluntad de la Constitución" reposa en una triple idea:

1) la convicción de la necesidad de un orden normativo objetivo y estable, como garantía frente a la arbitrariedad del poder;

2) la convicción de que dicho orden normativo precisa de una constante legitimación; y

3) la convicción de que se trata de un orden cuyo valor normativo no sólo depende de su racionalidad sino también de los actos de la voluntad humana tendientes a su realización.

Es este énfasis en la concepción "normativista" de la Constitución el que ha motivado al "redescubrimiento" de la interpretación constitucional que con tanta sinceridad ha descripto Francisco Rubio Llorente en el prólogo al interesante libro de Enrique Alonso García sobre la cuestión que aquí tratamos, llegando allí mismo a afirmar que nos encontraríamos ante la creación de una nueva *Teoría de la Constitución* a partir de la interpretación constitucional. Es claro que ese planteo tiene bases muy firmes en la tarea interpretativa realizada por el Tribunal Constitucional español a partir de la Constitución de 1978. Es así como la expresión concreta de la peculiaridad en la interpretación constitucional podemos encontrarla con cierta frecuencia en la doctrina constitucional española, por ejemplo, el magnífico libro de Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, escrito como continuidad del volumen *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, luego de dedicar el cap. 6 a la interpretación constitucional, inicia el cap. 7 dedicado a la interpretación de los derechos fundamentales con el punto 1, titulado —justamente— "Peculiaridad de la interpretación de los derechos fundamentales"; a su vez Luis Prieto Sanchis en sus "Notas sobre la interpretación constitucional", publicadas en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* inicia el trabajo comentando en el punto 1 "Algunas peculiaridades de la justicia constitucional". El propio Enrique Alonso García habla también de "peculiaridades" en el libro antes mencionado.

¿Cuáles son, entonces, tales "peculiaridades"?

— En primer lugar, es bien sabido que las normas constitucionales resultan en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas, conforme lo ha destacado F. Rubio Llorente en *La Constitución como fuente del derecho*, o lo que es lo mismo, que sus perfiles se adecuan más a la idea de principios que de reglas. Quizá sea el derecho constitucional el que presenta una mayor necesidad de interpretación, pues como señala Hesse "precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser interpretado". En suma, si toda norma ofrece un núcleo de certeza y una zona de penumbra, las de naturaleza constitucional parecen ampliar esta última en detrimento de aquél.

El carácter abierto de la norma constitucional fue enfatizado por el célebre juez Marshall en el caso "Mc. Culloch v. Maryland" cuando dijera "no debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando, una Constitución destinada a resistir épocas futuras y, consiguientemente, a ser adaptable a las variadas crisis de los asuntos humanos".

— La diferencia entre la interpretación legal y la constitucional no reside sólo en las peculiaridades del objeto, sino también en la función que generalmente se atribuye a los órganos encargados de realizarla. En este aspecto, una de las características del juez ordinario es lo que pudiera llamarse "unidad de solución justa". Esto es, la exigencia institucional de que, en presencia de un caso concreto, sólo cabe una interpretación correcta, mientras que, en cambio, la misión de la justicia constitucional no es tanto la de precisar "mejor" o la "única" respuesta posible, sino más bien delimitar el camino dentro del cual la "interpretación política" resulta admisible o no arbitraria.

— El intérprete constitucional (señala Luis Prieto Sanchis, refiriéndose al caso de España) no busca en realidad una solución al caso concreto, sino la delimitación de un campo de licitud dentro del cual los operadores jurídicos adoptarán la solución con arreglo a criterios políticos (legislador) o jurídicos (juez); por eso, su modo de argumentar no puede ajustarse a los cánones de la subsunción sino a los de la razonabilidad, que implican necesariamente un juicio valorativo y prudencial, del que sólo puede ser responsable el propio intérprete. En ese sentido, señala A. Carrasco Perera que el método característico de la interpretación constitucional se sitúa a medio camino entre la deducción estricta propia de la justicia ordinaria y el juicio de optimización política.

— Agrega Prieto Sanchis que las circunstancias enunciadas contribuyen a forjar una imagen de la justicia constitucional cercana a la denominada interpretación creativa, en el sentido de interpretación no libre (España), pero sí poco condicionada por los elementos normativos.

— Otra peculiaridad a destacar sería su acusado carácter político.

— Al hallarnos frente a un intérprete del derecho (Tribunal Constitucional) cabe preguntarnos acerca de su ideología. Pero se trata también de un intérprete "peculiar". Peculiar por el objeto que tiene ante sí, normas que en ocasiones son reglas pero que en no pocos casos se muestran como principios elásticos que por su enunciado no ofrecen una respuesta categórica, aun cuando de hecho pueden ser usados como parámetros exclusivos de un enjuiciamiento concreto, peculiar también por la función que desempeña que, al menos en los procesos de inconstitucionalidad, no consiste en obtener un resultado óptimo sino tan sólo un resultado razonable y abierto a la controversia. Y, en fin, peculiar asimismo por la fuerza conformadora que sobre el ordenamiento jurídico ejerce la jurisprudencia constitucional.

La interpretación de la Constitución, en contra de lo que supusieron determinados planteamientos de la dogmática formalista decimonónica, no se reduce a un acto puramente declarativo sobre el significado de las normas, ni se lleva a cabo sólo a través de inferencias lógico-formales, como se desprende de algunos enfoques recientes de la lógica jurídica. La interpreta-

ción, dada la pluralidad de sentidos posibles atribuibles a la norma, implica una opción o valoración del intérprete.

Como en toda la interpretación normativa, predomina un carácter lingüístico ya que, como ha dicho Norberto Bobbio, "el jurista no puede saltar más allá del lenguaje". Se trata al mismo tiempo, de una actividad necesaria para atribuir sentido a las normas, ya que toda norma es una "textura abierta" pasible de distintos significados, como el ejemplo en que Herbert Hart se pregunta si la prohibición de circular vehículos en el parque incluye a los triciclos de los niños. Por ello es que una interpretación lógica y mecánica es contraria al sentido abierto de la norma constitucional. La interpretación constitucional tiene por objeto atribuir sentido frente a distintas posibilidades y no mandatos equívocos.

Una vez diferenciados los pasos del proceso de aplicación de normas jurídicas a casos individuales, se advierte por qué la trama constituida por una práctica jurídica es sumamente laxa, sobre todo en el caso de la práctica constitucional, que presenta mayores indeterminaciones que el resto de las convenciones jurídicas. Aunque la Constitución no es un mero texto en cuanto a su impacto en el razonamiento práctico, y, en consecuencia, no se da la paradoja de la indeterminación radical. El proceso por el cual la convención constitucional se desarrolla es un proceso que requiere, en sus distintos pasos, el recurso a valoraciones que no están determinadas por las conclusiones de los pasos anteriores. Esto es lo que permite a una convención jurídica como la constitucional, adaptarse sin fracturas a diferentes circunstancias y a posibilidades, como lo decía Marshall.

Los criterios de interpretación constitucional se subdividen en interpretación subjetiva y objetiva. La cuestión se refleja en los Estados Unidos, donde hay enfrentamientos entre:

— originalistas y
— constructivistas.

No es fácil captar la *intención del legislador*, y menos aún, la del *constituyente*. Aparentemente, son las convenciones sociales lingüísticas las que permiten asociar determinadas palabras con cierta intención y no es el caso que la intención asigne un significado diferente.

El primer problema es seleccionar los *hechos* que constituyen manifestaciones de la intención; que son tales como las exposiciones de motivos, discursos parlamentarios y otros comportamientos del legislador, toda vez que la misma no puede basarse en la intención misma del Constituyente.

Pocos días después de finalizada la Convención Nacional Constituyente de 1994, la revista jurídica La Ley publicó un artículo del Dr. Raúl Alfonsín quien había presidido el bloque de la Unión Cívica Radical, como un texto de *"interpretación auténtica"* que no era tal desde el punto de vista técnico y que sólo podía tomarse como una interpretación particular de un

sujeto singular. Tal interpretación —en todo caso— es la del cuerpo convencional y a través de los documentos de debate en las sesiones, cuestión que se ve muy desdibujada ante la posibilidad de incluir las denominadas "inserciones".

Un segundo problema puede ser la intervención de una pluralidad de órganos colectivos: senadores, diputados, presidente, etc. Es difícil reconstruir la intención de un órgano colegiado.

Un tercer problema: hasta qué punto es admisible reconstruir la intención del constituyente tomando en cuenta *circunstancias contrafácticas*, como ocurriría por ejemplo en el caso de votarse una legislación sobre locaciones para favorecer a los inquilinos y que terminase favoreciendo a los propietarios.

La Constitución de la Nación Argentina al regular la libertad de prensa excluye sobre ella la jurisdicción federal teniendo en cuenta el celo que en los tiempos de la Constitución existía sobre la libertad de imprenta, cabría preguntarse cual hubiera sido la actitud del constituyente ante la existencia de otros medios avanzados como el cine, el video, la radio y la TV.

Otro ejemplo singular es el art. 20 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires que legisló el caso singular de una acción de amparo a favor del Estado "en sentido lato". A pesar del peligro potencial para las libertades individuales que esa norma implica, los debates de la Convención reflejan la intención de reforzar las garantías individuales.

La *"intención del legislador"* supone un gran nivel de abstracción. El máximo nivel de abstracción es la intención de hacer justicia y prescribir procedimientos correctos, de modo que cualquier solución justa satisfaría la intención del constituyente.

Alf Ross señala que la diferencia entre una interpretación *objetiva* y *subjetiva* se reduce a dar mayor relevancia a las circunstancias del contexto en que la norma fue dictada, o las del contexto en que ella es aplicada.

Ya hemos destacado que la base del proceso de interpretación es lingüístico y en ese campo aparece el problema de las llamadas indeterminaciones constitucionales, toda vez que la vaguedad del lenguaje no siempre es un defecto. Muchas veces es un instrumento indispensable de comunicación, como ocurre con algunos términos que identificar sin establecer precisiones, tales como "rojo", "gordo", "largo" o "calvo", que no admiten graduaciones en cuanto a precisiones.

Por otra parte, las constituciones son en general un resultado entre ideologías e intereses contradictorios que imponen fórmulas de tipo "transaccional". Así ocurrió con la Constitución argentina de 1853, inspirada en el proyecto de Juan Bautista Alberdi como una propuesta de síntesis entre el modelo caudillista "federal" del interior y el modelo liberal ilustrado iniciado por la Revolución de Mayo encarnado en Moreno y Rivadavia. Otro

ejemplo puede encontrarse en la propia Constitución española de 1978, cuyo art. 1.1 combina entre los valores superiores del ordenamiento jurídico a la libertad y a la igualdad, obligando a una interpretación de "ponderación de valores", o como señala Peces Barba a equilibrar una dialéctica entre libertad e igualdad como fundamento de los derechos.

Es interesante destacar, como lo hace López Guerra que la existencia de una "cultura constitucional" y de distintos modelos constitucionales, hace que prácticamente no se dan constituciones originales sino que toda Constitución combina distintos aspectos de otros modelos anteriores. Esa particularidad puede comprobarse en la propia reforma argentina reciente, donde sobre una Constitución federal, presidencialista de raíz norteamericana tuvo marcada el constitucionalismo continental europeo y — especialmente— la Constitución española de 1978. El profesor Jiménez de Parga vio este dato como una gran curiosidad, preguntándose por qué se adoptó el modelo de una realidad de hace veinte años con desafíos distintos en cuanto al control del poder económico, los medios de prensa, la televización de la política y el problema de la transparencia en el financiamiento de la política.

Siguiendo a Nino, las "indeterminaciones constitucionales" se pueden clasificar en a) semánticas, b) sintácticas, c) pragmáticas y d) indeterminaciones lógicas.

Las indeterminaciones semánticas, a su vez pueden caracterizarse por su *vaguedad* en *vaguedad por gradiente* (rojo, gordo, largo, etc.); *vaguedad combinatoria*, cuando faltan algunas propiedades para definir el objeto, como "casa", "oro", "juego", o *textura abierta*, que es una vaguedad potencial en todo lenguaje, como ocurre con el ejemplo ya citado del "vehículo" de Hart, con el art. 1° de la Constitución de la Nación Argentina en cuanto a la forma representativa, republicana; o el art. 14 cuando se refiere a "ejercer toda industria lícita" o el propio art. 14 cuando expresa "transitar por el territorio argentino". También puede caracterizarse por su *ambigüedad* cuando presentan más de un significado, como ocurre con el caso del art. 2°, CN, en cuanto a la obligación de "sostener" el culto católico apostólico romano y la expresión "sostener" puede suponer tanto el sostén económico (criterio prevaleciente) o la adopción del culto como religión de Estado, ya que el término "adopta" figuraba también en el Proyecto de Constitución de Alberdi (art. 3°) junto al sostenimiento del culto.

Las indeterminaciones *sintácticas* se refieren a indeterminaciones o ambigüedades de oraciones, como ocurre con la primera parte del art. 19, CN, "acciones privadas" y "acciones que de ningún modo ofendan al orden o la moral pública ni perjudiquen a un tercero", podrían entenderse como proposiciones alternativas o como proposiciones acumulativas.

Las indeterminaciones *pragmáticas* no atienden al contenido sino a lo que se hace, de modo que se suelen usar a veces en el lenguaje formas interrogativas o negativas para expresar la intención (¿por qué no se sienta usted?). En este plano se ubican los objetivos del Preámbulo que a veces son considerados con fuera de norma y las cláusulas programáticas del art. 14 bis que se caracterizan tanto por la fuerza prescriptiva como por los destinatarios.

Entre las indeterminaciones *lógicas* cabe enumerar a 1) las lagunas, 2) las contradicciones y 3) las redundancias. Las lagunas, a su vez, pueden ser lógicas o axiológicas. Estamos ante una *laguna lógica* cuando no existe una solución normativa para un caso determinado. Para Kelsen no existen las lagunas toda vez que el orden jurídico es un sistema cerrado por un principio general de clausura. Nuestra Constitución Nacional encuentra tales principios de clausura en el principio de reserva del art. 19, calificado por Cossio como "el *prius* ontológico de la libertad" y el art. 18 de manera específica como principio de reserva en materia penal. Podría plantearse la existencia de indeterminaciones en las relaciones entre los poderes y a tales efectos la Constitución contiene otro principio de clausura en el 75, inc. 32 o cláusula de los "poderes inherentes" y en el art. 121 que establece el principio de reserva sobre los poderes originarios "no delegados" por las provincias a la Nación, siguiendo el principio establecido por la enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos.

En otra parte ya hemos dicho también que en la Argentina los Dres. Bidart Campos y Sagüés proponen la "integración" de las lagunas a partir de presupuestos de tipo valorativo o axiológico.

Volviendo al esquema de Nino, las normas de clausura sólo darían respuesta o cobertura a aquellas lagunas producidas "dentro" del orden normativo pero no a las que están fuera de las normas, que se califican de "lagunas axiológicas" y para las cuales una solución sería interpretar —como Sagüés— un sistema expandido. Así podría decirse que aunque el derecho a la vida no esté expreso en la Constitución, surgiría como derecho implícito de los principios generales (art. 33, inc. 1°). Pero ¿qué ocurriría si el Congreso legislara sobre la vida o la muerte?

Alchourron y Buligyn se han ocupado de las *lagunas axiológicas*, debiendo señalarse que su solución requiere un tratamiento distinto al dado al sistema en general (caso del número de jueces de la Corte Suprema).

También son indeterminaciones lógicas las *contradicciones* que se producen cuando para el mismo caso hay dos o más normativas incompatibles entre sí. El problema no es de fácil solución, toda vez que si bien hay reglas como *lex posteriori* o *lex specialis* podría ser que un criterio se enfrente con el otro dificultando la solución del caso desde el plano lógico y requiriendo de un criterio valorativo. Finalmente son indeterminaciones lógicas también las *redundancias*, las que no por repetidas aseguran su cumplimien-

to como ocurre en la Argentina con los arts. 24, 75, inc. 12, y 108, CN que establecen el "juicio por jurados", aunque tal modalidad no existió ni existe.

2. Las decisiones económicas de los jueces

Cuando los jueces deben resolver problemas económicos en sus sentencias, como ocurrió en su momento con los amparos por el *corralito* y como actualmente sucede con los problemas vinculados a las tarifas y al suministro de servicios públicos como el gas y la electricidad, surgen polémicas acerca de cuál es la actitud que deben asumir: si deben aplicar estrictamente las leyes o si deben mensurar las consecuencias que tendrán sus decisiones en el marco general de la política económica.

La primera actitud, que puede llamarse "activismo", prioriza la defensa irrestricta de los derechos constitucionales; en tanto que la segunda, que puede llamarse "autorrestricción", parte de la premisa de que no hay derechos absolutos y de que el Poder Judicial no debe inmiscuirse en materias propias del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo, como lo es la política económica.

Suele atribuirse a Charles de Secondat, barón de Montesquieu, la idea que los jueces sólo hablan por "boca de la ley" y que a la aplicación de sus textos se limitan; ya que todo exceso de tales márgenes afectaría el principio de división de los poderes que el mismo barón propuso a manera de frenos y contrapesos al ejercicio de la autoridad política.

Esto no es solamente teoría; hay también razones prácticas para que así ocurra, porque la economía tiene una lógica que resulta de sus propias reglas, y una de las principales es que mientras los recursos son escasos, las necesidades son ilimitadas. De ese conflicto de fondo se originan otros cuando la aplicación del derecho por parte de los jueces beneficia solamente a los que llegan primero a peticionar ante sus estrados.

Nada parece más justo para el ciudadano que paga esforzadamente las tarifas que exigir el normal suministro de un servicio, solicitando el amparo judicial. Aparece así la versión jurídica del mismo conflicto: un apegado rigorismo que privilegia garantías individuales de origen liberal posterga otros principios constitucionales de igual rango, pero de contenido social, como la igualdad ante la ley.

En los Estados Unidos se planteó este problema en la primera mitad del siglo XX con la aparición de la denominada corriente del *realismo jurídico* que sostenía la idea de un "juez situado" en su realidad circundante y que no debía desentenderse de las consecuencias económicas de las decisiones que adoptaba al resolver un conflicto jurídico. Se favoreció así una interpretación "dinámica" por oposición a una interpretación estática de las leyes; pero no estuvo exenta de cuestionamientos por parte de los sectores más

conservadores que previnieron acerca del llamado "gobierno de los jueces" denunciando que los mismos se apartaban de las leyes y decidían conforme a valores sociales.

Una visión más reciente es la del denominado análisis económico del derecho o *"Law & Economics"*, como se conoce al movimiento originado principalmente en las Universidades de Chicago y de Yale, que promueve la aplicación de las herramientas de análisis de la economía, al derecho.

Esto implica que la interpretación y evaluación de una norma se realiza desde la teoría económica, produciendo una reformulación del derecho acorde con ese modelo. Por ejemplo, en el caso de leyes sobre competencia y de protección contra monopolios, los objetivos perseguidos por las normas son estrictamente económicos y deben ser analizados como lo haría un economista. El derecho actuaría así como una estructura redundante respecto del mercado, destinada a asegurar su buen funcionamiento, afirmando las condiciones de seguridad y libertad de contratación para garantizar la certeza en los resultados de las transacciones y de las informaciones necesarias para negociar.

Entre los que sostienen esta doctrina se destaca el juez Richard Posner, quien integra una Cámara Federal de Circuito y fue el mediador en el caso "Microsoft". En su libro titulado *Analysis Economic of Law* afirma que los jueces y tribunales pueden hacer muy poco en la distribución de la riqueza de una sociedad, y que por ello sería más sensato dejar el problema en manos de los legisladores, que tienen mayores poderes de imposición y de gasto.

Es frecuente en los Estados Unidos que los jueces sostengan debates en las universidades para discutir problemas económicos. En la Argentina se han dado esas discusiones en seminarios realizados por la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de provincias y por la Universidad de Buenos Aires. Sería plausible que esa tendencia se afirme en las distintas escuelas judiciales existentes. La Maestría en Magistratura recientemente creada en la Facultad de Derecho se encamina hacia ese objetivo, dando prioridad a la formación de jueces de mentalidad abierta.

El gran interrogante al que debe darse respuesta es si la eficiencia económica es un valor que fundamenta y justifica las decisiones jurídicas. Mientras la eficiencia económica se mide en términos de costo-beneficio, la eficiencia de un sistema jurídico debe medirse por su aptitud para asegurar las valores que una determina comunidad política sostiene, como en nuestro caso lo son la libertad, la igualdad, la propiedad, la dignidad, el trabajo y el acceso a la justicia, entre otros. En ese punto el mercado es apto para formar precios pero no para crear valores sociales. Es a la justicia a quien compete preservarlos.

3. La doctrina judicial de la emergencia

Suele decirse que no hay nada más práctico que una buena teoría. Y eso que bien podría parecer una mera frase, cobra sin embargo pleno sentido cuando se trata de poner cierto orden conceptual en el panorama de las emergencias en el derecho constitucional argentino, panorama por cierto complicado de por sí y que se ha incrementado y continúa incrementándose con el paso del tiempo. Señala Umberto Eco que, "...de tanto hablar de crisis, se ha puesto en crisis el propio concepto de crisis". Bien podríamos afirmar nosotros, parafraseando al distinguido filósofo italiano, que en la Argentina hemos hablado tanto de emergencia que hemos logrado poner en emergencia el propio concepto de emergencia [668].

Los períodos de anormalidad han sido y son tantos que, en buena medida, se confunden entre sí y a veces es difuso determinar si la construcción teórica sobre las emergencias puede ubicarse dentro o fuera del orden jurídico. En ese sentido, expresar una teoría tiene el sentido práctico de determinar si la doctrina sobre las emergencias es una formulación paralela al sistema jurídico que se activa ante la aparición de determinadas circunstancias excepcionales que la justifican o si, por el contrario, si la emergencia es fuente de un tratamiento agravado dentro del propio ordenamiento.

Ya desde el origen mismo de nuestro sistema constitucional aparece la referencia obligada a este problema. En los debates de la Convención Constituyente de 1853, ante la insistencia de Benjamín Gorostiaga por sancionar la Constitución, aparece la opinión de Facundo de Zuviría aconsejando esperar a que finalicen los períodos turbulentos esperando la venida de tiempos más calmos. (Todo parecido con la realidad es mera coincidencia). También en los primeros fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, allá por 1865, en las causas "Martínez Otero" y "Chacón" cuando se fundamentaban los poderes de hecho que ejercía el Gral. Bartolomé Mitre derivados de la "...revolución triunfante y entronado por los pueblos...".

Visto que así han sido las cosas entre nosotros y que podríamos enumerar una interminable lista de emergencias: sanitarias, locativas, económicas, administrativas, etc. cabe observar como primera afirmación o hipótesis para la construcción de una teoría, la siguiente: *La lógica de la emergencia es inversamente proporcional a la lógica del Estado de Derecho.*

En efecto, el Estado constitucional de Derecho tiene como premisas fundamentales la limitación y racionalización del poder. Allí se entroncan,

[668] Sobre el tema, puede verse nuestro trabajo "La emergencia constitucional en la Argentina", en DE VERGOTTINI, Giuseppe (dir.), *Costituzione ed Emergenza in America Latina*, Giappichelli, Torino, 1997. También puede verse nuestro libro *Derecho constitucional económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, con prólogo de Jorge R. Vanossi, cap. IX.

entre otras construcciones teóricas, la teoría de la división de poderes de Montesquieu y la idea de supremacía de la Constitución cuya construcción se remonta a los Estados Unidos de Norteamérica y a la creación del control de constitucionalidad por el *Chief of Justice* John Marshall en el célebre caso "Marbury v. Madison" de 1804.

Al describir las "tipologías constitucionales", García Pelayo caracterizaba la Constitución *racional-normativa* a las denominadas constituciones *históricas*, sin texto unificado como la Constitución de Inglaterra y a las *constituciones sociológicas* que responden no a un texto escrito sino a los factores reales de poder. La tipología "racional normativa" a la que corresponde la Constitución de la Nación Argentina es el tipo de Constitución escrita, donde los poderes públicos aparecen limitados y regidos por el principio de legalidad. La supremacía y el acatamiento al principio de la lógica de los antecedentes son algunas de las notas que caracterizan al modelo expuesto [669].

La emergencia, por el contrario, sigue una lógica de tipo finalista. Mientras en el Estado de Derecho, limitado, controlado y restringido, es el acatamiento a las reglas y procedimientos (legalidad) la razón que justifica la toma de decisiones, en las tesis finalistas, es precisamente la persecución de una determinada finalidad la que justifica los medios o métodos empleados. Para Kant cada hombre es un fin en sí mismo, en cambio para Maquiavelo, el fin del Estado autoriza a prescindir aun de las consideraciones morales o éticas.

En nuestra propia Constitución Nacional, en el Preámbulo de la misma encontramos desde el comienzo de la lectura principios que han servido para fundamentar criterios opuestos. El objetivo de *asegurar los beneficios de la libertad* tiene una componente liberal-racionalista que ha fundado decisiones destinadas al más estricto acatamiento formal de defensa de los derechos fundamentales, entre ellos la libertad, en los primeros tiempos; en tanto que el objetivo preambular de *promover el bienestar general*, aun cuando se remonta en su formulación literaria a la pluma de Rivadavia, ha tenido en el derrotero jurisprudencial de la Corte un sentido preciso de avanzar en la restricción de los derechos individuales en la prosecución de objetivos generales de la sociedad con el advenimiento del Estado de Bienestar.

Estamos ante lógicas opuestas. Por eso es que la adopción de institutos de emergencia en las constituciones liberales se remonta a los tiempos de las restauraciones monárquicas, en especial en Francia, pero también en Italia. Reaparecidos los miembros de las casas reinantes a la escena europea después de la derrota de Napoleón Bonaparte en Waterloo y de la conformación de la Santa Alianza, el estado de sitio apareció como un mecanismo consti-

[669] GARCÍA PELAYO, Manuel, "Derecho...", cit.

tucional de excepción para otorgarle al soberano la plenitud de los poderes en una circunstancia determinada y por un plazo *limitado*. Esta condición de "temporalidad" es un requisito sustancial de la emergencia. En Roma, durante la República existió la institución del *diktator* al que se le otorgaban plenos poderes durante un lapso limitado (seis meses), vencido el cual, los poderes excepcionales del ciudadano investido con tal condición excepcional (suma de poderes civiles y militares) caducaba. Cuando ese límite no fue cumplido, como en el caso de Julio César, acabó la República y comenzó el Imperio. Enseñanza que no debe olvidarse cuando se analizan los límites a las instituciones de emergencia.

En nuestra Constitución Nacional existen límites normativos precisos que excluyen cualquier invocación legítima de la emergencia. Ellos son los arts. 22, 29 y 36, respectivamente. En la enumeración debe agregarse también el art. 27, Convención Americana de Derechos Humano o "Pacto de San José de Costa Rica" (ley 23.054) toda vez que la misma tiene jerarquía constitucional a partir de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, CN reformada en 1994.

El art. 22 señala: *"El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición"*.

El art. 29, cuyo origen se remonta a las prevenciones que originó la dictadura de Juan Manuel de Rosas dice: *" El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esa naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria"*.

Finalmente, el art. 36 fue introducido como artículo nuevo en la reforma constitucional de 1994: *"Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el sistema institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.*

"Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

"Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

"Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

"Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

"El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función".

Los textos son suficientemente claros en cuanto dejan de lado los movimientos golpistas o sediciosos que algunos autores han querido justificar como ejercicio de poderes de emergencia. Para la Constitución de la Nación Argentina, los golpes de Estado son violaciones del orden constitucional y queda fuera de ella la llamada "doctrina *de facto*" elaborada por la Corte Suprema que justificó el movimiento faccioso de 1930 fundándose en textos del profesor canadiense Constantineau con el argumento de la preservación del orden jurídico. No puede haber orden jurídico legítimo cuando la supremacía constitucional es vulnerada y no cabe construcción teórica o fundamento alguno que prescinda de la Constitución.

El art. 22 de la norma fundamental es un claro ejemplo de una norma escrita que no tuvo aplicación a pesar de los hechos tumultuosos que bien hubieran justificado su vigencia en defensa del orden constitucional. No fue aplicado cuando se atentó contra el poder legítimo porque como bien enseñaba Alberto Antonio Spota, no se puede parar una columna de tanques con la Constitución en la mano; pero tampoco se aplica en nuestros días cuando distintos grupos asumen medidas de acción directa que sumen la realidad en la confusión y la pseudo-anarquía con la realización de "escraches" y agresiones callejeras que exceden los límites razonables de la libertad de expresión. Seguramente la magnitud de la crisis y la justificada frustración colectiva ante la vulneración de derechos fundamentales por parte de los poderes constituidos llevan a ser muy prudentes en una interpretación o aplicación estricta de ese texto, pero es una referencia de orden público que no debe perderse de vista.

Otro tanto podemos decir del art. 29, que aparece en la Constitución como un testimonio histórico pero que bien pudieron haber conocido el rigor de sus palabras tantos "infames traidores a la patria".

El art. 36 fue la primera norma debatida en el recinto de la Convención Nacional reformadora y resultó votada por la unanimidad de todos los bloques. La vigencia del orden constitucional aún en los supuestos *de facto* está consolidada a partir de dos ejes: la nulidad insanable de los actos ejercidos por los usurpadores y la extensión de la sanción prevista en el art. 29, a los autores de los actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático. Cabe destacar que dichas sanciones son imprescriptibles y ex-

presamente han sido excluidas de los beneficios del indulto y la conmutación de penas (art. 99, inc. 5°, CN), pueden sin embargo ser objeto de amnistías generales (art. 75, inc. 20).

El art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, titulado "Suspensión de garantías" dice: *"1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.*

"2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3° (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4° (Derecho a la vida); 5° (Derecho a la integridad personal); 6° (Prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9° (Principio de legalidad y de retroactividad); 12 (Libertad de conciencia y de religión); 17 (Protección a la familia); 18 (Derecho al nombre); 19 (Derechos del niño); 20 (Derecho a la nacionalidad) y 23 (Derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

"3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del secretario general de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada la suspensión".

Es de destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC 9/1987 del 6/10/1987 solicitada por la República Oriental del Uruguay sostuvo por unanimidad que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el art. 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7°.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

Por unanimidad también se resolvió que deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29, inc. c]), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que refiere el art. 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos y que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el art. 8° de la Convención [670].

Etimológicamente, emergencia proviene de "emerger", es decir, transitar desde un estado a otro, que en el caso, se trata de un tránsito desde la excepcionalidad hacia la normalidad.

Esto nos coloca frente a la disyuntiva de establecer si la emergencia se encuentra dentro o fuera del sistema constitucional, es decir, si los llamados regímenes de excepción constituyen situaciones alternativas o paralelas al sistema jurídico o si, encontrándose comprendidas en el mismo, se activan ante la situación de alarma o emergencia.

Como muchas veces ocurre en el ámbito de la interpretación jurídico-política, hay recetas para todos los gustos.

Así, Joaquín V. González enseñaba que "...La emergencia no autoriza, en efecto, el ejercicio por el gobierno de poderes que la Constitución no le acuerda, pero significa, respecto de los poderes concedidos, un ejercicio pleno y, a menudo, diverso del ordinario, en consideración a las circunstancias excepcionales que constituyen la emergencia: esta flexibilidad y amplitud en el ejercicio de los poderes es de la esencia de todo gobierno, obligándolo constantemente a afrontar situaciones cambiantes...".

Desde otra perspectiva confrontada podemos citar a Maquiavelo, quien en sus *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* sostenía la supervivencia (salvación) del Estado, anteponiéndola a cualquier valor o preocupación, aun de orden ético o moral. Y en el mismo orden se inscribe la máxima de Cicerón *salus publicae rei lex suprema est.*

La primera posición enunciada se inscribe en un criterio del Estado de Derecho fundado en la Constitución, en tanto que la segunda posición encuentra la fuente de justificación del orden o la autoridad por afuera del sistema normativo, ya se trate de un fundamento de tipo autoritario o fundado en el derecho natural. Los perfiles de Rousseau y de Hobbes se encuentran en el trasfondo del recurrente debate: es decir, el orden como consecuencia del acatamiento del contrato social basado en la voluntad general, o el orden como necesidad en sí misma para asegurar el orden público y la paz social.

En este dilema nosotros tomamos claro partido por la primera posición y sólo justificamos la emergencia dentro de la Constitución y para asegurar su vigencia. A cualquier fundamentación extraconstitucional de la excepcionalidad la llamaremos crisis constitucional, siguiendo la diferenciación que realiza en Italia Pietro Pinna [671].

670 ALBANESE, Susana, "Derechos humanos...", cit., t. I, p. 335.

671 PINNA, Pietro, *L'Emergenza nell' ordinamento costituzionale italiano*, Universidad de Pisa Imp. Dot. Giuffrè, Milano.

Desde esa perspectiva, podemos destacar que la Constitución de la Nación Argentina enumera "institutos de emergencia" para casos excepcionales. Ellos son el *estado de sitio* (art. 23, CN) que procede en caso de conmoción exterior o de ataque interior y la *intervención federal* (art. 6°, CN) que procede para garantir la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones extranjeras, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia.

En la Constitución de 1949 estaba contemplado el denominado *estado de prevención y alarma* que tenía requisitos de procedencia menos rígidos que el estado de sitio, toda vez que podía decretarlo el presidente de la Nación, aunque por una duración limitada a treinta días. El Consejo para la Consolidación de la Democracia consideró la reinstauración de ese instituto en defensa de la democracia y la Constitución a los fines de evitar la mayor rigidez que supone el estado de sitio.

Por lo demás, tanto el estado de sitio como la intervención federal no gozan de buena reputación entre nosotros dado el ejercicio abusivo que ha representado su aplicación en nuestra historia constitucional y que algunos autores como Carlos S. Nino pusieron de manifiesto como los mecanismos que más contribuyeron a la deformación de nuestro sistema constitucional, generando tendencias centralistas y hegemónicas [672].

La reforma constitucional de 1994 introdujo dos nuevos institutos de emergencia que son los *reglamentos de necesidad y urgencia* (art. 99, inc. 3°) y la *delegación legislativa* (art. 76, CN). Ambos se fundan en razones de excepcionalidad, aunque la delegación legislativa también procede en materias de "administración". Se trata de instituciones que tienen su fuente en el derecho comparado europeo, sobre todo en sistemas parlamentaristas o semiparlamentaristas donde es frecuente tanto la práctica de los decretos-leyes, como la técnica de la delegación. No se da en tales sistemas la nítida separación de poderes de los sistemas presidencialistas, toda vez que aparecen allí relaciones de colaboración más flexibles entre el órgano legislativo y el órgano ejecutivo, asegurándose asimismo el control a través de los votos de censura.

Hemos opinado en su momento que la reforma de 1994 al incorporar esos institutos realizó una suerte de "blanqueo" que implicó en los hechos una práctica de "sociologismo constitucional" al llevar a la norma una práctica recurrente que en realidad importaba un desvío [673].

Esas prácticas paralegislativas se incrementaron con el proceso de reforma del Estado en los años '90, especialmente en el marco de las leyes

[672] NINO, Carlos, *Fundamentos...*, cit.

[673] DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Nación argentina...*, cit., p. 3.

23.696 y 23.697, de emergencia administrativa y de emergencia económica, respectivamente. Es interesante resaltar, a los efectos del tema que aquí estamos tratando (las emergencias) que algunas teorías han visto en estos procesos de transformación del Estado una justificación del forzamiento de los instrumentos legislativos en una versión *aggiornada* de la razón de estado que se concretaría en la *gobernabilidad* como argumento justificante de una suerte de "estado de necesidad evolutivo", que desde el punto de vista sustancial encierra la tesis decisionista del estado de necesidad como facultad de legislar sobre lo excepcional.

La acción de gobierno basada en la decisión eficaz como exclusiva fuente de legitimidad aun por sobre la legalidad constitucional, se sitúa en contraposición explícita con la idea tradicional de representación política. Devalúa el valor de la deliberación y apunta a una "superación" del sistema parlamentario del equilibrio y la división de poderes que sustenta el Estado de Derecho. El compromiso democrático se coloca a la zaga de una idea de legitimación basada en la pretendida eficacia *ex post* de las políticas implementadas [674].

En ese mismo sentido se ha expresado O'Donnel cuando advierte que el principio decisionista no apunta únicamente a una estrategia provisoria para el gobierno en tiempos difíciles o una adaptación a situaciones cambiantes o de excepcionalidad, sino a una doctrina filosófico-jurídica que busca fundamentar un nuevo modelo estatal, no necesariamente dictatorial.

Las expresiones más importantes del decisionismo actual se despliegan en contextos democráticos, de amplia participación popular. En el contexto de gobiernos de signo populista tiende a estructurarse una suerte de *democracia delegativa*, nacida de una arrogación de facultades discrecionales por parte de poderes ejecutivos surgidos de elecciones libres: la eficacia de las decisiones pasa a ser un criterio excluyente de toda otra instancia de legitimación [675].

La inclusión de los *reglamentos de necesidad y urgencia* y de la *legislación delegada* en el texto de la Constitución Nacional expresó entre sus fundamentos el propósito de limitar y acotar esa práctica a las situaciones en que su uso excepcional fuese imprescindible. Sin embargo, aún están pendientes de creación las comisiones bicamerales permanentes que deberían actuar en uno y otro caso. De manera que aun cuando el ejercicio de las instituciones de emergencia requieren de límites procesales precisos a ser cumplidos, en el caso, las normas de excepción han seguido multiplicándose cada vez más.

[674] BOSOER, Fabián - LEIRAS, Santiago, "Posguerra fría, neodecisionismo y nueva fase del capitalismo", en BORÓN, A. (ed.), *Tiempos violentos*, Eudeba, Buenos Aires, 1999.

[675] O'DONNEL, Guillermo, "¿Democracia delegativa?", en *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Paidós, Buenos Aires, 1997, ps. 287 y ss.

A la lista de estos cuatro institutos de emergencia que contempla la Constitución Nacional:

— estado de sitio;
— intervención federal;
— reglamentos de necesidad y urgencia;
— delegación legislativa;

deben agregarse las construcciones teóricas, de carácter pretoriano, que ha realizado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para dar contenido a la doctrina de la *emergencia en lo económico y social*.

En tal sentido, corresponde destacar a la *doctrina del poder de policía*, tanto en su sentido *restringido*, como en su sentido amplio.

El poder de policía (*police power* en el derecho norteamericano) supone la posibilidad de reglamentar y aun de restringir los derechos individuales en miras del interés general. Durante el constitucionalismo liberal o clásico, tal facultad quedaba limitada a razones de *seguridad, salubridad o moralidad pública*, debiendo revestir el poder de policía, siempre, carácter local y ser establecido por ley. Como ejemplo de su aplicación en aquellos tiempos vemos que en el caso "Hileret" la Corte Suprema presidida por el Dr. Antonio Bermejo no admitió la intervención del Estado en materia de precios ni siquiera para sostener una producción económica regional porque el Estado no debía intervenir en materia económica, lo contrario, decía, sería caer en comunismo de Estado. En cambio en el caso de "los saladeristas" se admitió la validez de reglamentación que evitaban la contaminación del Riachuelo (salubridad pública).

La doctrina del poder de policía siguió los lineamientos del derecho estadounidense que fue abriendo los cauces de la misma hacia una mayor intervención del Estado en la economía, a medida que el "estado gendarme" fue dando paso al *welfare state*, como ocurrió en 1877 en el *leading case* "Munn v. Illinois". Entre nosotros, el paso del poder de policía restringido al poder de policía en sentido amplio comenzó con el caso "Ercolano v. Lanteri de Renshaw" (1922) y de allí comenzaron a sucederse emergencias, locativas, hipotecarias, etc.

El caso paradigmático de la tesis del poder de policía ampliado fue "Avico v. De la Pesa" (1934) en que la Corte siguió la tesis estadounidense ya formulada en el caso "Home Building and Loan Asociation v. Blaisdell". Allí se sostuvo que, para que la restricción de derechos fundamentales en emergencia fuera válida, debían reunirse las siguientes cuatro condiciones:

1) existencia de una situación de emergencia;
2) la sanción de una ley que proteja intereses generales de los ciudadanos;
3) que exista una proporción adecuada entre la emergencia y los medios empleados para solucionarla (*razonabilidad*);

4) duración limitada en el tiempo (temporalidad como requisito calificante).

En ese contexto, cumplidos tales extremos, se considera que el ejercicio de la emergencia encuadra dentro de los límites de la Constitución. Y la cuestión no presenta distinciones si se trata del ejercicio del poder de policía en tiempos de normalidad o si se trata del ejercicio de poder de policía en emergencia. Siempre que se restrinjan derechos amparados por la Constitución Nacional mediante la invocación de razones finalistas o intereses generales, habrá de ponerse excesivo celo en el control jurídico de razonabilidad de las medidas empleadas. Como dijera la Corte Suprema en el caso "Cine Callao" (1960) dicho principio se expresa con la adecuada proporción de los hechos a las normas y de éstas a la Constitución.

Para Juan Francisco Linares el juicio de razonabilidad encuentra fundamento en la *equity* de los anglosajones, es decir la valoración del caso individual y sus circunstancias a las normas y de éstas a la Constitución Nacional [676].

El problema del fundamento constitucional de la emergencia se ha planteado entre nosotros con el fallo "Peralta, Arsenio v. Poder Ejecutivo nacional (Ministerio de Economía) s/amparo" (1990) toda vez que allí la Corte se apartó de la doctrina del poder de policía para fundar la emergencia como lo venía haciendo, de manera clásica de acuerdo con el *standard* de "Avico" ya mencionado, para encontrar el fundamento jurídico de la emergencia, fuera de la Constitución, en este caso en el "principio de supervivencia del Estado". El tema nos lleva a la doctrina del estado de necesidad como fundamento de la emergencia que da lugar a la evasión o dispensa de la Constitución mientras dure esa emergencia.

En sentido estricto, la emergencia sólo contiene la facultad de suspender temporariamente la vigencia de la Constitución, pero no de modificarla. Para Sagüés, el "estado de necesidad" se presenta por encima de la Constitución pero es fuente de derecho en la medida en que se cumplen los siguientes requisitos: a) existe un derecho de emergencia; b) se trata de un derecho consuetudinario constitucional; c) debe haber subordinación de reglas de derecho positivo ordinario y extraordinario a la ley fundamental de subsistencia del Estado [677].

En el caso "Smith, Carlos A. v. Poder Ejecutivo nacional s/sumarísimo" la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y más allá de las circunstancias políticas que rodearon a esa decisión parece haber desandado el camino del fallo "Peralta" a favor de un regreso al control de razonabilidad en las si-

676 LINARES, Juan F. *Razonabilidad...*, cit.

677 SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho constitucional y Estado de emergencia", LL 1990-D-1036.

tuaciones de emergencia, considerando que el dec. 1570/2001 y las normas dictadas con posterioridad contienen reparos constitucionales, entendiendo que hubo "irrazonabilidad de los medios elegidos para resolver la crisis, por la desproporción en las restricciones que aniquilaban la propiedad" [678].

La *doctrina de la necesidad* responde a la cuestión de determinar la razón o el fundamento por el cual un simple ejercicio de poder —en principio ilegal— debe considerarse jurídico (legitimación *a posteriori*). Se trataría de un derecho ilegal aunque jurídico, toda vez que se funda en la necesidad o producido como consecuencia del estado de necesidad.

— Necesidad como *razón de Estado*.

— Necesidad como *derecho subjetivo del Estado*.

Es menester resaltar que la necesidad y el estado de necesidad, para el derecho constitucional son, fundamentalmente, construcciones del pensamiento jurídico y no precisamente instituciones de derecho público.

El fundamento aparece en los albores del Estado liberal, en los finales del '800 ante la necesidad de defender el orden jurídico, constriñéndolo o restringiéndolo en su caso, frente a los enemigos irracionales y violentos. Así, la necesidad fundada en la "razón de Estado" prescinde de toda consideración moral o jurídica para defenderse de la violencia contra su propia existencia. Se trata de una causalidad natural que no se justifica con ningún argumento trascendente.

Aun cuando la razón de Estado incorporó el estado de necesidad a los textos constitucionales, su fundamento tiene una raíz autoritaria basada en la necesidad de eliminar a los enemigos del Estado. Se trata del mismo fundamento que en el derecho penal dio cabida tanto al instituto de la legítima defensa como al estado de necesidad. Subyace en el trasfondo de esta cuestión, que en el confronte entre pretensiones opuestas, debe prevalecer la subsistencia del Estado, en orden a los valores que el mismo protege y los deberes que tiene para con los integrantes de la comunidad política.

El estado de emergencia puede interpretarse como una *función conservadora* de la situación existente, aunque también, desde una perspectiva opuesta, podría considerarse como una *función evolutiva*, de una transición de un orden jurídico preexistente a un orden jurídico nuevo. Esta última modalidad implica un ordenamiento *in fieri*. En ambos casos se aplican desviaciones provisorias de las reglas normales del ordenamiento constitucional.

En tal sentido, resulta apropiado distinguir *emergencia* de *crisis constitucional*; toda vez que esta última implica un proceso de mutación constitucional. La diferencia entre un estado de excepción conservador y un estado de excepción evolutivo ha sido indicada como distinción entre dictadura comisoria y soberana que efectuara Carl Schmitt [679].

[678] Ver consid. 15 del voto de la mayoría en el fallo precitado, LL del 4/2/2002. Véase GELLI, María A., "El caso Smith (o la razonabilidad cuestionada)", LL del 20/2/2002.

De manera que en una concepción estricta, si bien los estados de excepción presentan notas comunes como apartamientos temporarios de reglas jurídicas, la emergencia encuentra fundamento dentro de los límites de la propia Constitución, en tanto que la crisis constitucional se basa en un estado de necesidad que excede el marco de la Constitución vigente para internarse en un ámbito evolutivo que implica, en definitiva, el ejercicio soberano del poder constituyente como "facultad de legislar sobre lo excepcional" [680].

El fundamento decisionista, al fundarse en la decisión y no en la norma, es independiente de la necesidad y de la finalidad. Siguiendo a Carl Schmitt, en épocas de normalidad y concepciones jurídicas estables prevalecerá el Estado jurisdiccional y aparecerá una justicia separada del Estado, que será defensora y custodia del derecho. En tiempos de grandes cambios o transformaciones revolucionarias aparece un Estado gubernativo o administrativo, que puede apelar a la necesidad objetiva, la situación real, la fuerza coercitiva de las relaciones, las necesidades de la época y a otras justificaciones no basadas en normas sino en situaciones fácticas [681].

De manera que el decisionismo estatista de los años 20 deviene decisionismo gubernativo y antiestatista en los años 90. Lo que persiste es una concepción organicista del poder político, que reinterpreta la división de poderes en función de la idea de la unidad del poder por sobre la diversidad de sus funciones instrumentales. Los pilares de la democracia liberal constitucional adquieren carácter nominal, subordinándose a la razón de estado, que en nuestros tiempos se denomina *gobernabilidad*.

Señala con razón Pérez Hualde que, si se analiza con atención el proceso de reforma del Estado y las medidas implementadas a partir de 1985, pero en especial desde 1989, la normativa indica que el Poder Ejecutivo ha asumido una actitud de absoluto liderazgo respecto de los otros dos poderes, monopolizando la iniciativa en el trazado de la política global y la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarlas [682].

Frente a la argumentación decisionista de los estados de excepción, la teoría de la emergencia supone el ejercicio de un poder constituido, sujeto al derecho y al principio de la lógica de los antecedentes. El carácter excepcional y soberano, en cambio, encontró su cabida en Francia, con las restau-

[679] SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Editora Nacional, México, 1991.

[680] ZAGREBELSKY, Alessandro, *Il Sistema Costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984.

[681] SCHMITT, Carl, *Teoría...*, cit.

[682] PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Los decretos de necesidad y urgencia*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 27.

raciones monárquicas y la conservación de poderes temporarios y excepcionales por el monarca.

Aparece así, enfrentada a la tesis decisionista, una *concepción institucionalista* de la necesidad como fuente o fundamento del derecho.

— *Doctrina decisionista*. La emergencia o el estado de excepción encuentran su fundamento *per se*.

— *Doctrina institucionalista*. Encuentra su fundamento dentro del propio ordenamiento constitucional; debe fundarse en la Constitución vigente.

La teoría de la necesidad como fuente del derecho, superando la división entre Estado y ordenamiento constitucional, no solamente ha atenuado el estado de necesidad respecto de la suspensión de los derechos individuales, sino que también ha atenuado la neta separación entre regímenes excepcionales y normales, que era uno de los fundamentos del pensamiento constitucional de origen liberal.

En esa concepción, la emergencia no aparece como un régimen paralelo a la normalidad fundado sobre la necesidad en lugar del ordenamiento constitucional vigente. Señala Pietro Pinna que el régimen excepcional de emergencia en la mayoría de los actuales ordenamientos comparados es completamente parte integrante del orden instaurado por las respectivas constituciones. De ese modo, la vigencia del principio de legalidad es pertinente tanto a la normalidad como a la excepcionalidad [683].

La emergencia, en cuanto evita una crisis, es un fenómeno que resguarda la existencia de un ordenamiento constitucional. Se trata de una "realidad existencial" e inherente al ciclo vital de una Constitución. De ese modo, la Constitución no crea competencias excepcionales sino que las atribuye a los institutos de emergencia previstos y dentro de sus límites y contenidos. Las normas concernientes a estados de excepción son esencialmente previsiones de *procesos decisionales*.

La naturaleza de esos procesos de decisión bien puede compararse con las reformas constitucionales, toda vez que la emergencia y el estado de excepción tienen similitudes con la reforma de la Constitución. Alberto Spota enseñaba que el poder constituyente era "poder político que se juridiza al normarse" y que el poder reformador respondía al principio de la lógica de los antecedentes [684].

En definitiva, la Constitución tiene una vivencia existencial: nace, se reforma o cambia y se extingue. No es la Constitución la que funda el poder de modificar la Constitución, pero lo disciplina conforme al principio de

683 PINNA, Pietro, *L'Emergenza...*, cit.

684 SPOTA, Alberto A., *Lo político...*, cit.

subsunción o de acatamiento al ordenamiento jurídico [685]; de manera muy acertada Sánchez Agesta definía al poder reformador como "poder constituyente constituido".

La regla clásica *delegata potestas non potest delegari* fue enunciada en el párr. 141 del Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil de John Locke en los siguientes términos: "El Poder Legislativo no puede transferir a otras manos el poder de hacer las leyes, ya que ese poder lo tiene únicamente por delegación del pueblo. Es el pueblo el único que puede señalar cuál ha de ser la forma de gobierno de la comunidad política, y eso lo hace al instituir el Poder Legislativo, y señalar en qué manos debe estar. Una vez que el pueblo ha dicho: 'nos sometemos a lo que resuelvan tales o cuales personas y a ser gobernados por leyes hechas por tales formas', nadie puede tratar ya de imponer sus leyes a los demás: ni el pueblo queda ligado por tales leyes, y sí únicamente por aquéllas promulgadas por quienes ese pueblo ha autorizado y elegido para semejante misión".

De esa tesis surge la férrea oposición a la delegación legislativa por parte de algunos autores, entre quienes cabe citar a Esmein y a Linares Quintana, por entender que mediante esa práctica se vulnera la división de poderes y el rol principal que cabe el Poder Legislativo como representante directo de la soberanía popular y articulador de la voluntad general (Rousseau) y encarnación de la soberanía nacional (Sièyes).

Para Locke todos los poderes se ejercen, en definitiva, como delegación de su titular originario, que es el pueblo. En tal sentido, son tanto sujetos de la delegación el *poder constituyente* como los *poderes constituidos*.

La delegación que efectúa el poder constituyente es ilimitada y soberana, no siendo exigible en tal caso la regla del *"standard inteligible"* que la jurisprudencia estadounidense ha creado como condición de la delegación en los poderes constituidos. Señala Bianchi como ejemplo meramente indicativo en nuestro sistema, de delegación del Poder constituyente al Congreso, al encomendársele el dictado de la ley de ciudadanía "...con sujeción al principio de la ciudadanía natural..." [686].

Sin embargo, la delegación legislativa ha tenido recepción en el derecho comparado, tanto en los Estados Unidos como en el derecho continental europeo. En el primer caso, la tendencia a la delegación se incrementó especialmente a partir del *New Deal* en tiempos del presidente Roosevelt, facilitando una mayor concentración de funciones en el Poder Ejecutivo, funda-

685 PINNA, Pietro, *L'Emergenza...*, cit.

686 BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*, Centro Universitario de Estudios, Instituto de Investigación y Postgrado, Cudes Derecho, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1990 con nota preliminar de Rodolfo Barra.

do en razones de intervención económica. La jurisprudencia de aquel país, a partir del caso "Panamá" (1935) y de otras decisiones, fue diseñando la doctrina del *standard inteligible* como ámbito de facultades concedidas por el Poder Legislativo al Ejecutivo, para que este último ejerza como facultad reglamentaria delegada.

Sin embargo, debe señalarse una diferencia notable entre el sistema estadounidense y el sistema constitucional argentino, a pesar de ser aquél el modelo seguido por el nuestro en cuanto a sistema presidencialista con división de poderes. La gran diferencia en este punto estriba en que en la Constitución de los Estados Unidos no están previstos los denominados "decretos de ejecución" o "decretos reglamentarios" que establece el art. 99, inc. 2° de la Constitución de la Nación Argentina facultando al presidente de la Nación a expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias. Tal disposición encuentra su fuente en el art. 171, Constitución de Cádiz de 1812 que concedía tal atribución al Rey.

Por ende, en nuestro país, la atribución al Poder Ejecutivo de dictar reglamentos de ejecución es una atribución concedida directamente por la Constitución al Poder Ejecutivo, y no delegada por el Congreso, de forma tal que, como señala muy bien Bidegain, no puede el Congreso prohibir la reglamentación de las leyes por el Poder Ejecutivo [687]. Sólo la Constitución puede establecer tal prohibición, como lo hace el art. 75, inc. 2°, CN, cuando señala que la Ley de Coparticipación Federal no podrá ser reglamentada.

Por su parte, en los países europeos que contemplan la delegación legislativa, la misma se da en un marco más elástico y flexible de relaciones entre Parlamento y gobierno y en un juego recíproco de mociones de censura y de confianza.

La Constitución de la V República Francesa contempla la posibilidad de ordenanzas legislativas por el Poder Ejecutivo, que la asamblea nacional no puede interrumpir ni suspender durante la vigencia del plazo de la delegación (art. 38).

En Alemania, el art. 80, Ley Fundamental de Bonn fija el contenido, la finalidad y el alcance de la materia que puede ser objeto de delegación legislativa. Por su parte, en España, el art. 82, Constitución de 1978 diferencia las materias con reserva exclusiva de ley, de aquellas otras que pueden ser delegadas por las Cortes en el gobierno, que requieren la sanción previa de "leyes de bases" o leyes-marco de la delegación. En nuestra doctrina, Quiroga Lavié sostiene que el artículo referido fue la fuente del nuevo art. 76, CN, introducido en 1994 [688]. Por su parte, García Lema afirma que el antecedente de la exigencia de bases normativas para delegación en nuestro art. 76 constitucional, proviene de la jurisprudencia estadounidense sobre el *"standard inteligible"* [689].

La Constitución italiana de 1947 en su art. 76 (el mismo número que en nuestra Constitución Nacional) dice textualmente: *"No se podrá delegar al gobierno el ejercicio de la función legislativa sino especificando los criterios directivos y únicamente por plazo limitado y para objetivos determinados"*. En tanto que el art. 77 de la misma Constitución, dice en su párr. 1°: *"No podrá el gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria..."*.

Nuestra jurisprudencia en esta materia se ha ido afirmando a partir de una serie limitada de fallos clásicos. El primero de ellos es el *leading case* "Delfino" (1927), en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que la multa impugnada de inconstitucionalidad fue válida en tanto emanaba de un reglamento ejecutivo y no de un reglamento delegado.

"...Ciertamente, el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente concedidos... No existe delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella... Existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de regular los pormenores para la ejecución de aquélla...".

"...Quien hace la ley puede someter algo a la discreción de otros departamentos y el límite de este poder es materia de delicada investigación... cuando el Poder Ejecutivo es llamado a ejercitar sus poderes reglamentarios en presencia de una ley que ha menester de ellos lo hace no en virtud de una delegación de atribuciones legislativas, sino en virtud de una facultad propia consagrada por el art. 86, inc. 2° (actual art. 99, inc. 2°) de la Constitución y cuya mayor o menor extensión queda determinada por el uso que de la misma facultad haya hecho el Poder Legislativo..." [690].

En el caso "Mouviel" (1957) se destacó el dictamen del procurador general de la Nación, Dr. Sebastián Soler. En tal oportunidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó la doctrina sustentada en "Delfino" al

[687] BIDEGAIN, Carlos M., *Curso de derecho constitucional*, t. III, Abeledo-Perrot, 1995, p. 143, nro. 545. PALAZZO, Eugenio L., "Caducidad de las delegaciones legislativas", ED 182-1265.

[688] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución...*, cit., ps. 533 a 549.

[689] GARCÍA LEMA, Alberto M. - PAIXAO, Enrique, "Las reformas del sistema institucional. El núcleo de coincidencias básicas", en el libro colectivo *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 291.

[690] Fallos 148:430.

sostener que no hay delegación de facultades legislativas, siendo las únicas permitidas las que derivan del art. 86, inc. 2°, CN (actual 99, inc. 2°). En el caso *sub examine,* toda vez que la Corte entendió que los límites impuestos por dicha norma habían sido transgredidos por el Ejecutivo, fue declarada la inconstitucionalidad de los edictos de policía afirmando la reserva de ley para la materia penal, como principio del derecho constitucional [691].

La jurisprudencia de la Corte distinguió, en consecuencia, la llamada delegación propia que al tratarse de materia legislativa reservada al Congreso se encontraba prohibida por la Constitución, de la llamada delegación impropia, es decir, aquella facultad reglamentaria del art. 99, inc. 2° (ex 86, inc. 2°) que el Poder Ejecutivo ejercía por mandato de la Constitución y no por delegación del Congreso.

Ya en 1960 en el caso "Prattico v. Basso" la Corte señaló como condición para que nazca la potestad reglamentaria del presidente, el ejercicio previo por el Congreso de su facultad de dictar la norma primaria que aquél habrá de reglamentar. Consecuentemente, esa norma primaria debe ser auténtica y no aparente. En palabras de la Corte, es condición para que proceda la delegación *"...que la política legislativa haya sido claramente establecida..."* [692].

Al resolver en el caso "Cocchia" (1993) la Corte Suprema amplió notablemente el ámbito de la llamada "delegación impropia", interpretando que existía una clara política legislativa del Congreso en lo que denominó *bloque de legalidad,* integrado por las leyes 23.696 de emergencia administrativa y 23.697, de emergencia económica, en especial uno de sus artículos, la ley 24.094 de puertos, y el Tratado de Asunción que creó el Mercosur [693].

Los fallos reseñados deben a su vez ser contrastados con otros que dieron cabida a una interpretación flexible de la división de poderes. Si bien la delegación legislativa encontró acogida doctrinaria en buena medida por la aplicación de la cláusula de los poderes inherentes del art. 75, inc. 32, CN [694]; también su justificación se vio afirmada por el criterio "eficientista" que demandó la asunción de mayores competencias en el Estado y, en especial, en el Poder Ejecutivo. En esa línea la profesora María Angélica Gelli ha puesto de manifiesto la doctrina que emana de los fallos "Fernández Arias v. Poggio" (1960) donde se señaló la necesidad de adecuar la división de poderes a las necesidades vitales en la Argentina contemporánea y el fallo "Peralta" de 1990 donde se mencionó a la división de poderes como "categoría histórica" [695].

691 Fallos 237:636.

692 Fallos 246:345.

693 Fallos 316:2624.

694 AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y poder...*, cit.

695 GELLI, María A. "Cuestiones de la delegación legislativa", ED 182-1279.

4. El tránsito de la emergencia a lo económico y social. El "poder de policía"

Si se analiza el período comprendido entre 1865 y 1930 puede extraerse como conclusión general la siguiente: de la lectura de los primeros fallos de este período surge la necesidad preponderante de paliar emergencias provocadas por conflictos bélicos —internos y externos—; en tanto que el transcurso de los años irá provocando que el fiel de la balanza se corra hacia el lado de las emergencias económicas [696].

Entre las primeras, es decir, las de carácter político se encuentran situaciones derivadas del estado de guerra (guerra con el Paraguay) y situaciones internas de rebelión y golpes de Estado. En los fallos "Martínez v. Otero" y "Chacón, José Segundo s/rebelión" la Corte echa mano del estado de *necesidad* para fundamentar el *derecho* del titular del *Poder Ejecutivo de facto,* que en la oportunidad era el general Bartolomé Mitre, en el derecho que le acuerda "la revolución triunfante y asentida por los pueblos..."; según hemos visto, tales argumentos constituyen un temprano antecedente de la "doctrina *de facto*".

En materia económica y social, de acuerdo con la evolución apuntada, los precedentes deben calificarse según sean anteriores o posteriores a 1922, cuando el fallo de la Corte Suprema en la causa "Ercolano v. Lanteri de Renshaw" marca el tránsito desde la tesis restringida hacia la tesis amplia del poder de policía proveniente de la jurisprudencia norteamericana.

En la causa "Spósito v. Provincia de Mendoza" la Corte declara la inconstitucionalidad de la ley provincial 703 porque "fijaba el límite de la producción de vinos a fin de mantener un perfecto equilibrio en el consumo"; entendiendo que de esa manera se restringía "...El libre desarrollo de la industria y del comercio vitivinícola en desmedro de las garantías acordadas por el art. 14, CN". En "Cía. Azucarera Tucumán v. Provincia de Tucumán" sostuvo que "las leyes de emergencia no pueden escapar a las garantías y normas señaladas por la Constitución Nacional y provincial ni suprimir o alterar a favor del listado las reglas creadas por la doctrina y jurisprudencia para la interpretación de las leyes cuando de la aplicación de éstas surgen conflictos con los derechos de los particulares".

La emergencia en el terreno económico y social ha estado ligada, desde un principio, al concepto de poder de policía *(police power)* proveniente del derecho norteamericano; entendiéndose por éste la facultad que tienen los poderes constitucionales —esencialmente el Congreso— de reglamentar los derechos constitucionales a través de una legislación que atienda al in-

696 SERANTES PEÑA, Juan Manuel, "La emergencia en el período 1865-1930", *Boletín de la AADC,* nro. 54, octubre 1990, p. 9.

terés general. En el caso "Muna v. Illinois" de 1877 la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo la restricción de la actividad judicial en materia de jurisdicción local en detrimento de los derechos individuales. Se sostuvo en tal oportunidad que correspondía a las legislaturas determinar el contenido de la reglamentación y partiendo de la presunción de legitimidad de las normas, sólo se declararía su inconstitucionalidad cuando la misma fuera clara y manifiesta.

Para fundar la constitucionalidad de una ley de Illinois que fijaba los precios de los elevadores, invocó la doctrina de las cuestiones de interés público, que existe —consideró— cuando el uso que se efectúa de la propiedad tenga consecuencias públicas o afecte a la comunidad. En la medida en que un particular use su propiedad, en esa forma, las legislaturas podrán, entonces, reglamentar el ejercicio del derecho en miras del bien común, pero sin vulnerar el debido proceso y demás límites impuestos por la Constitución y reconociendo al particular afectado una razonable compensación. El juez Field, votando en disidencia, sostuvo que el voto mayoritario comentado importaba una destrucción de la garantía constitucional porque toda legislación que pretendiendo proveer al bienestar general determinará el uso o el precio de la propiedad, priva al particular de un derecho tanto como la confiscación o destrucción.

La interpretación judicial del poder de policía en el derecho norteamericano fue ampliándose hacia una función cada vez más intervencionista del Estado, que se expresa con firmeza en tiempos del *New Deal*. Se fue pasando de una tesis restringida a una "tesis amplia" del poder de policía. Así como el fallo "Munn v. Illinois" demuestra los caracteres del poder de policía en el derecho norteamericano, el fallo recaído en el caso "Home Building and Loan Association v. Blaisdell", en 1934, representa la consagración de la tesis amplia del poder de policía en materia económica, que se trasladaría a nuestro país a través de fallos similares (ej.: "Avico v. De la Pesa"). Conviene resumirlo por la influencia que ejercerá.

En la sentencia de la Corte norteamericana se confirmó la validez de una ley local en materia hipotecaria por la que, entre otras medidas, se disponía la postergación de las ventas ejecutivas y la extensión de los períodos de cancelación. Se impugnó su constitucionalidad por ser repugnante a la cláusula contractual, a la del debido proceso y a la protección de la decimocuarta enmienda de la Constitución. En primer término, la Corte reconoció el estado de emergencia, y si bien estableció que el mismo no crea derecho, como así tampoco aumenta el poder ya conferido, sí da ocasión para el ejercicio del poder "dentro de las limitaciones constitucionales que amparan las libertades individuales".

Respecto del alcance de la cláusula contractual, entendió a los contratos incorporados en el sistema jurídico y que las reservas del poder de los Estados para resguardar los intereses supremos de la comunidad son parte de los mismos como un postulado legal. Así, estableció que no debe analizarse si una ley afecta a un contrato sino si la legislación tiene una finalidad legítima y si las medidas adoptadas son razonables y adecuadas a tal fin, como también que no compete a la Corte conocer sobre la oportunidad de la medida.

Respecto de la intervención legislativa en materia contractual, especificó que el Estado puede impedir la aplicación de contratos cuando son contrarios a la salud o moralidad pública, a la seguridad o bienestar o cuando la prohibición se refiere meramente a prácticas perjudiciales. Y aclaró: "Que la interferencia en la aplicación de contratos válidos de acuerdo con el procedimiento legal apropiado, aunque esa interferencia sea temporaria y con un propósito público, no es previsible". Así también determinó la necesidad de lograr una conciliación entre los derechos individuales y el bienestar general.

La doctrina del poder de policía en la Argentina tuvo un desarrollo similar al derecho norteamericano en el sentido de incrementar la intervención estatal sobre los años '30, a partir de la caída de Wall Street y el comienzo de la era intervencionista. En un trabajo realizado conjuntamente por los Dres. Marcelo O. de Jesús y Mónica González Biondo [697] acerca de un análisis comparativo de la jurisprudencia en materia de poder de policía en la Argentina y los Estados Unidos, los autores dividen la evolución del poder de policía en cuatro etapas.

La primera etapa, que va desde 1860 (sanción de la Constitución) hasta 1922, denominada del "federalismo y los derechos individuales" habida cuenta de que el poder de policía se orienta a afirmar los principios liberales y federalistas de la Constitución, restringiéndose solamente a las cuestiones de seguridad, salubridad y moralidad.

Tales conceptos fueron defendidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos pronunciamientos ("Empresa Plaza de Toros", 1869; "Resoagli", 1869; "Los Saladeristas de Podestá v. Provincia de Buenos Aires", 1887), especialmente en los casos "Hileret v. Provincia de Tucumán" y "Nongués Hnos. v. Provincia de Tucumán", ambos fallados en 1903.

En ellos, los actores, productores de caña de azúcar, impugnaron la validez de una ley provincial que establecía un impuesto a la producción que excediera la cuota fijada por la provincia. La ley procuraba eliminar la baja de precios por la superproducción y, en parte, destinar el producto a los productores que habían destruido sus cosechas, para indemnizarlos.

[697] DE JESÚS, Marcelo Octavio - GONZÁLEZ BIONDO, Mónica, "Análisis comparativo del poder de policía en la Argentina y en los Estados Unidos", *Cuadernos de la Fundación Carlos Pellegrini*, nro. 12.

La Corte tuvo la oportunidad entonces de considerar si el "bienestar económico" estaba comprendido dentro de las facultades de policía, lo que rechazó diciendo: "...la autoridad no debe intervenir en la libre circulación de los capitales... prohibiendo ciertos negocios o imponiendo otros que repute de conveniencia pública...", agregó que la acción del Estado debe estar dirigida a evitar perjuicios y a no promover beneficios y que el éxito económico alegado por la provincia no podía ser tenido en cuenta por la Corte porque ello no podía justificar el avasallamiento de los derechos antes referidos.

De Jesús y González Biondo [698] resumen el período con las siguientes conclusiones:

a) Los derechos individuales pueden ser reglamentados por las provincias por su poder de policía.

b) Este poder es: seguridad, salubridad y moralidad.

c) Es eminentemente local.

d) En cuanto a los medios de control, señalan: d.1) corresponde a la Corte revisar la constitucionalidad de las limitaciones; d.2) las limitaciones son para evitar perjuicios y no promover beneficios.

La segunda etapa es la que va desde 1922 a 1957 y es titulada como "ampliación del poder de policía". El punto de "inflexión", el tránsito entre los dos períodos, es el fallo de la Corte en la causa "Ercolano v. Lanteri de Renshaw" de abril de 1922, que sigue la línea del fallo "Munn v. Illinois" de la Suprema Corte norteamericana, ya citado. Comienza a operarse el cambio desde el constitucionalismo liberal hacia el constitucionalismo social.

El 1° de enero de 1920 se había sancionado la ley 11.157 por la cual se congelaban durante dos años los precios de los alquileres inmobiliarios. En el caso "Ercolano v. Lanteri de Renshaw" la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de la ley. Sostuvo que no hay derechos absolutos y que la ley no significa una privación de la propiedad, sino una limitación del derecho de usar y disponer de la misma. Dijo que dedicada la propiedad a objetos de interés público, justifica la intervención del Estado en defensa de intereses vitales de la comunidad, haciendo mención de la crisis habitacional, a la falta de competencia y al negocio monopólico en materia de alquileres. Expresó la Corte en el caso que la protección de los intereses económicos era para el Estado como los de defensa, salud, seguridad y moralidad. Se fundó en el bienestar general, en la limitación temporaria de la restricción, estimando razonable el medio empleado. Sostuvo igualmente la Corte que: "No es del resorte del Poder Judicial decidir el acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado para conjurar esta situación crítica...".

[698] De Jesús, M. O. - González Biondo, "Análisis...", cit.

El fallo "Ercolano" implicó un avance decisivo en la materia del poder de policía porque a partir de ese momento la regulación de los derechos comprendería también el resguardo de intereses generales en función de situaciones socio-económicas. Con ello empezaba a receptarse en nuestra jurisprudencia el concepto amplio de poder de policía que se manejaba en Estados Unidos.

El problema de la emergencia locativa o inmobiliaria por escasez de vivienda dio lugar a marchas y contramarchas en la jurisprudencia (fallos "Horta v. Harguindeguy", de 1922; "Mango v. Traba", de 1925, entre otros), pero comenzaron a sucederse otras "emergencias" de carácter económico-social que fueron dando lugar a distintos fallos que, con visión "finalista" (el bienestar general), modificaron el normal cumplimiento de los contratos. Entre tales "emergencias" podemos citar a las "moratorias hipotecarias" por escasez de dinero en plaza; crisis vitivinícola, regulación de precios, monopolios, desocupación laboral, etc., que fueron definiendo cada vez más el sesgo del Estado benefactor.

Mediante la ley 11.741 se prorrogaron por tres años las obligaciones hipotecarias y se redujeron sus intereses al 6%. La Corte declaró la constitucionalidad de la ley en el fallo "Avico v. De la Pesa" del 7/12/1934. En una extensa sentencia se reiteraron los fundamentos dados en el caso "Ercolano v. Lanteri de Renshaw", fundándose en el amplio ejercicio del poder de policía, analizando como en el caso anterior la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas. Se consolida en este caso la doctrina de la Corte, que admite la intervención del Estado en la regulación de la economía con motivo de la emergencia económica y social, sin que esta posición jurisprudencial haya sido declinada hasta hoy. Es de destacar que en este caso, el procurador general, Dr. Rodríguez Larreta, con fundamento en la doctrina de la Corte de Estados Unidos, enumeró las condiciones que habilitan la intervención en la emergencia: 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria.

Hasta el fallo "Avico v. De la Pesa", la Corte había mantenido un cerrado principio de no conocer si las leyes respondían a la situación de hecho que motivaba su existencia. Este caso marcó la intromisión del tribunal sobre las soluciones dadas por el Poder Legislativo, receptando la nueva jurisprudencia de Estados Unidos: que incumbe al Poder Judicial medir la razonabilidad de los medios en relación con los fines declamados y si los mismos son legítimos.

Los sucesivos fallos desde entonces ya admitieron que la defensa del bienestar general estaba entre las facultades del Estado para reglamentar los derechos individuales.

Así, en el caso "CAP" ("Inchauspe v. Junta Nacional de Carnes") de 1944 la Corte justificó contribuciones obligatorias y la asociación compulsiva porque no ocasionaban a los contribuyentes-asociados perjuicio alguno y porque la situación económica en el caso (combatir el monopolio) daba suficiente razonabilidad a la medida. Y aun señaló en su apoyo que las restricciones deben ser interpretadas en forma amplia; y que si bien deben estar justificadas por los hechos y proporcionadas a los fines perseguidos, no podía controlarse la eficacia de los medios utilizados.

Siguiendo este criterio, defendió los precios máximos en "Martíni e Hijos" (1945), argumentando que las situaciones de emergencia permitirían una mayor restricción a los derechos que en épocas de normalidad y sosiego.

Siguiendo a De Jesús y González Biondo, este período puede resumirse de la siguiente manera:

a) Se incluye la protección del bienestar general.

b) Las emergencias justifican mayores restricciones.

c) Las reglamentaciones tienen presunción de legitimidad.

d) Los medios de control son los siguientes: d.1) legitimidad de los fines; d.2) proporcionalidad de medios a fines; d.3) las restricciones deben ser interpretadas en forma amplia.

La tercera etapa ubicada entre los años 1957 y 1973 es la denominada "policía de la propiedad y del centralismo". La restricción de los derechos individuales no sólo se fundará en razones de emergencia sino también de conveniencia, como lo es la mejora del bienestar general.

El 22/6/1960 la Corte falla el caso "Cine Callao", declarando constitucional la ley 14.226 que hacía obligatoria la inclusión de espectáculos de variedades ("números vivos") en los cines, en oportunidad de la función cinematográfica. La emergencia en esa oportunidad estuvo dada por la grave desocupación por la cual pasaban los llamados artistas de *variété*, que eran entonces un importante sector de la sociedad. Se invoca el bienestar general como fundamento del fallo, que el objetivo de la ley no es un grupo sino que es público y general, analiza la razonabilidad del medio empleado y reitera que el tribunal no puede juzgar sobre la eficacia del medio elegido por el Congreso. Sostiene la Corte en este caso, que es constitucional la facultad de sancionar disposiciones legales tendientes a prevenir, impedir, morigerar o contrarrestar en forma permanente o transitoria los graves daños económicos y sociales, susceptibles de ser originados por la desocupación en mediana o gran escala.

En "SRL Editorial Sur v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (1963) se discutió la amoralidad del libro *Lolita* que, calificado de inmoral por la Intendencia, había sido retirado de circulación por ésta. La Corte afirmó la presunción de validez y razonabilidad del acto en función de la protección de la moral pública, objeto que surge del poder de policía.

La cuarta etapa, según los autores que hemos citado, tendría inicios en 1984, sin embargo, desde entonces cabría remarcar distintas funciones según la evolución que ha tenido la doctrina de la Corte; razón por la cual nosotros preferimos agregar una quinta etapa que se inicia en 1990. Entre 1984 y 1990, con la reinstauración del sistema democrático al asumir el Dr. Raúl Alfonsín la presidencia, se registra una jurisprudencia de la Corte de gran avanzada en materia de afirmación de los derechos humanos y libertades públicas con fallos consagratorios del principio de autonomía individual como "Bazterrica" (1986), "Ponzetti de Balbín" (1985) y "Campillay" (1985).

En "Rolón Zappa" (1986) la Corte desechó la "emergencia económica" alegada por el Estado para resistirse al reajuste jubilatorio. En general, los fallos de este período se caracterizan por la fundamentación hecha por la Corte en el art. 19, CN, consagratorio del principio de reserva y de autonomía individual, descalificando la mayoría de las veces las consideraciones de tipo finalista basadas en el "interés general" o la "seguridad".

Pero esta "primavera" duró poco y hacia 1990 asistimos a una furibunda afirmación —e incremento— de la doctrina de la emergencia manifestada en el fallo "Peralta". El fallo "Peralta" constituye un verdadero "punto de inflexión" en la doctrina de la Corte Suprema sobre las emergencias; de modo similar al que representó en un tiempo el fallo "Ercolano v. Lanteri de Renshaw". Ambos están en la cúspide de las justificaciones teóricas de cambios en el modelo de Estado en cuanto a una realidad socio-económica. "Ercolano" expresa el tránsito desde el Estado liberal individualista hacia el Estado de Bienestar, en tanto que "Peralta" representa el tránsito del Estado intervencionista hacia un supuesto y prometido modelo "neoliberal"; en todo caso y más allá de las suposiciones, expresa un proceso de desmantelamiento del "superestado".

Así como "Ercolano v. Lanteri de Renshaw" representó el inicio del *iter*, desde la tesis restringida hacia la tesis amplia del poder de policía, "Peralta v. Gobierno nacional" expresa otro tránsito, el de la justificación de la emergencia basada en el poder de policía del Estado hacia la adscripción lisa y llana del "estado de necesidad" [699].

5. Del "poder de policía" al "estado de necesidad"

La Constitución argentina no define expresamente el poder de policía, que es la facultad del Estado para regular y restringir los derechos constitu-

[699] Entre otros trabajos sobre este período, puede verse TRIGALI CASTE, "El origen de la emergencia locativa (1920-1921)", *Boletín de la AADC*, nro. 54, p. 12.

cionales conforme al texto del art. 14 (los derechos se ejercen "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio"). Este poder tiene el límite preciso del art. 28 en cuanto a que la reglamentación no puede alterar los derechos constitucionales. Nuestro poder de policía, siguiendo la orientación norteamericana, tiene un amplio objetivo en el bienestar general, regulando la vida social y económica; conforme al amplio margen que le otorga el art. 75, inc. 18, y a los fines supremos que enuncia el Preámbulo de la Constitución: "*constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad*".

En el caso "Peralta", la Corte reitera que en el derecho constitucional argentino no hay derechos absolutos, todos se encuentran subordinados a las leyes que reglamentan su ejercicio (consid. 38), e igualmente sostuvo que el límite del poder de policía, del cual nunca podrá pasar, es el de la propiedad privada no susceptible de ser tomada sin declaración de utilidad pública y previamente indemnizada (consid. 42).

Siguiendo la doctrina expuesta a partir del caso "Vicente Martín e Hijos", en 1944, repite aquí la Corte que en tiempos de perturbación social y económica o en otras situaciones de emergencia, para atender urgentemente los problemas creados, es posible ejercer el poder de policía en forma más enérgica que en períodos de sosiego y normalidad (consid. 46).

La doctrina de la Corte expuesta en el sentido de que ante la emergencia el poder de policía puede ejercerse en forma más enérgica, admite el tránsito por el límite de la inalterabilidad de los derechos del art. 28, CN.

El 27/12/1990 la Corte Suprema dictó sentencia en la causa "Peralta, Luis v. Estado nacional". En ese caso el tribunal reiteró y confirmó la doctrina que viene desarrollando desde hace setenta años, conforme a los casos que hemos referido precedentemente. Reitera la Corte que la interpretación de la Constitución debe hacerse en forma dinámica y adaptada a los tiempos que corresponden a su efectiva aplicación; que su competencia en el sistema de separación de poderes no alcanza para rever decisiones de los poderes políticos, en ejercicio de sus facultades constitucionales. Ha definido aquí nuevamente los casos de crisis y de emergencia económica y social, y el ejercicio, en tales circunstancias de un poder de policía con mayor fuerza, lindando en el límite del art. 28, CN, dejando a salvo la intangibilidad constitucional de la propiedad y la necesaria razonabilidad de los medios empleados.

Sostiene nuestra Corte Suprema reiterando la doctrina de sus precedentes, que: "...el mayor valor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó... sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones, contradictorios y belicosos. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que

hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu permanente de las instituciones de cada país o descubre nuevos aspectos no contemplados con anterioridad, a cuya realidad no puede oponerse... La propia Constitución argentina, que por algo se ha conceptuado como un instrumento provisto de extrema flexibilidad para adaptarse a todos los tiempos y a todas las circunstancias futuras, no escapa a esta regla de ineludible hermenéutica constitucional...". Repitiendo igualmente doctrina de fallos anteriores, expresa la Corte que: "...la Constitución que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar todas las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían al tiempo de su sanción... no corresponde una inteligencia de la Constitución que comporte una exégesis estática referida a las circunstancias de la oportunidad de la sanción..." ("Peralta", consid. 20).

Desde el fallo "Ercolano v. Lanteri de Renshaw", del año 1922, al que ya nos referimos, se ha venido elaborando por la Corte la doctrina de la emergencia, hoy ratificada y consolidada en el caso "Peralta", en cuyo fundamento se han legitimado como constitucionales las medidas tomadas por los poderes políticos destinadas a aliviar las consecuencias de las crisis que reiteradamente han afectado en lo económico y social la vida de la Nación.

Sostuvo la Corte en el caso "Peralta" que las leyes de emergencia se fundamentan en la necesidad de poner fin o aliviar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, fijando plazos, concediendo esperas, atenuando la gravitación negativa de la crisis sobre el orden económico institucional y la sociedad en su conjunto (consid. 39). Ha expresado la Corte en este caso 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 e indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que poner" fin (consid. 43).

Las recurrentes crisis económicas de la Argentina en este siglo han enfatizado la doctrina de la emergencia, sobre todo a partir de la década del '50, entendiendo a la misma como una forma agravada de ejercer el poder de policía; sin embargo, en los últimos tiempos algunos autores han comenzado a hablar de un "estado de necesidad y emergencia", tesis que se ve reflejada en el caso "Peralta".

Uno de los más destacados constitucionalistas argentinos, el profesor Néstor Pedro Sagüés, en un exhaustivo e importante trabajo sobre la materia señala que: "a) Existe un derecho de la emergencia; b) Se trata de un derecho de tipo consuetudinario constitucional; c) Durante el estado de necesidad se produce la subordinación de las reglas de derecho positivo, ordinarias y ex-

traordinarias, a la ley fundamental de subsistencia del Estado". Agrega el autor que la necesidad, operando por encima de la Constitución, puede admitir dos formas: 1) como "evasión de la Constitución" y 2) como "dispensa" de la misma. En la primera, "nada es ignominioso para la salvación del Estado", la necesidad es "en sí misma legítima y fuente de poder" y por ende "subordina toda la Constitución a la misma". La segunda debe desarrollarse según "principios jurídicos" y es más atenuada con límites en el derecho natural y afecta las reglas constitucionales con sentido y carácter "restrictivo" [700].

Finaliza el trabajo en cuestión, refiriéndose a la justiciabilidad del "estado de necesidad", afirmando que: "No hay otra alternativa que reconocer al Poder Judicial aptitud para merituar la existencia de los presupuestos fácticos que ocasionalmente autorizan al derecho de emergencia y evaluar después su juridicidad y validez en función de los topes: restrictividad, naturalidad, legitimidad de fines y legitimidad de medios que debe satisfacer".

Las tesis de Sagüés sobre "autoconservación del Estado" y "supraconstitucionalidad del estado de necesidad" se encuentran reflejadas en el fallo "Peralta", cuando el Alto Tribunal rechazó la inconstitucionalidad del dec. 36/1990 que convalidó la "conversión compulsiva" de beneficios patrimoniales de depósitos a plazo fijo, afectando derechos adquiridos. Dijo la Corte en tal oportunidad: "...La transparencia de las decisiones públicas, ínsita en la forma republicana de gobierno, puede así confrontarse con la necesidad de preservación de la vida misma y el Estado". "Que la Constitución de la unidad nacional implica también la de asegurar la continuidad y supervivencia. Éste es un principio que proporcionará una guía segura y perdurable". "El gobierno de la Nación cuenta con las facultades constitucionales necesarias para satisfacer los requerimientos de la sociedad, poner fin a los estados de emergencia y conjurar cuanto ponga en peligro la subsistencia del Estado". "Corresponde a los poderes del Estado atender a 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. Para que éstas tengan correcta realización es esencial la subsistencia del Estado, su estructura jurídica y su ordenamiento jurídico y político".

De ese modo se aplica la teoría del "derecho de emergencia" nacido de la necesidad de evitar la desmembración del Estado.

Las posiciones teóricas de Sagüés han sido objeto de diversas críticas y diferencias de opinión entre los constitucionalistas, no obstante que la doctrina del fallo "Peralta" se mantiene vigente. Una de las críticas más duras es la formulada por el profesor Benito Carlos Garzón, de la Universidad

[700] SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Derecho constitucional y derecho de emergencia", LL 1990-D-1036.

de Tucumán, quien señala, refiriéndose al trabajo de Sagüés: "Creemos erróneas estas posiciones sistematizadas por el distinguido constitucionalista. La admisión de la 'necesidad y la emergencia' como hechos tácticos, sean de tipo político, económico o natural, no puede ingresarlos al plexo constitucional con ese rango para legitimar su destrucción. Menos aún, llenar la laguna del constituyente con una creación en la que se antepone la 'necesidad del Estado' —razón de Estado— a la Constitución, e igualando sociedad con Estado como categorías similares. Hablar de la emergencia como 'derecho constitucional consuetudinario' importa en sus consecuencias tanto como incorporar a la Constitución material el germen de su autodestrucción...". Agrega que el Estado nunca puede invocar las facultades de la emergencia para beneficio de sí mismo, pues sucede que no habrá tribunal capaz de controlarlo y por ende desaparece el control de constitucionalidad, base del sistema. El *leading case* "Peralta" introduce, sin nombrarla, la teoría de la "evasión constitucional". Y hace aplicación por primera vez en la historia de la *vida constitucional* argentina de la doctrina que proclama *salus populi suprema lex est* [701].

En orden a su crítica, el profesor Garzón reivindica los límites tradicionales de la doctrina de la emergencia acuñada por la Corte Suprema y que podrían resumirse así: a) existencia de una situación extraordinaria; b) estados temporales o transitorios; c) implica concentración de poderes o facultades; d) no es creadora de poderes; e) comporta restricción y/o suspensión de derechos y/o garantías personales o colectivas; f) significa el uso distinto o diferente del poder otorgado por la ley o la Constitución; g) debe ser declarada o determinada por órganos diferentes a los que deben ejercer los poderes concentrados; h) constituye su finalidad la defensa del orden constitucional o el resguardo vital del grupo, no su destrucción o aniquilamiento; i) su plena vigencia y cabal aplicación requiere un pueblo celoso de su libertad y custodio insobornable de su destino en la vida y en la historia. A estos caracteres debe agregarse la figura incorporada por el profesor Germán J. Bidart Campos, quien exige que la emergencia y sus institutos, para tener validez constitucional, posean "razonabilidad del medio elegido, o sea proporción y adecuación entre la medida dispuesta el fin perseguido y los motivos o causas que dan origen a la medida de emergencia". La "razonabilidad", como pauta axiológica, tiene origen doctrinario en el análisis del límite de regulación de los derechos contenido en el art. 28, CN, según lo describiera el profesor Juan Francisco Linares (cit.).

[701] GARZÓN, Benito Carlos, "La Constitución, la emergencia y los derechos sociales", *Boletín de la AADC*, nro. 72, p. 5.

En el caso "Noerdensthol" (1985) la Corte dijo que es imprescindible determinar si las razones invocadas en el mensaje con que se elevó el respectivo proyecto de la ley 21.476 describen un estado de emergencia o de excepción, y si éste revestía entidad suficiente para legitimar la caducidad de beneficios laborales exorbitantes del régimen común en la materia. Dicho en otros términos, la Corte, en ese caso, siguiendo la opinión del procurador fiscal de la Nación, consideró que "resulta ineludible decidir acerca de la razonabilidad del medio empleado para conjurar el alegado estado de necesidad colectiva que es la emergencia". También en el caso "Rolón Zappa" (1986) la Corte manifestó que no puede suplir esta decisión política ni la oportunidad de las disposiciones que se dicten para solucionar la crisis aludida, sin perjuicio de ejercer *a posteriori* el control jurisdiccional destinado a asegurar la "fundamental razonabilidad" de esos actos y a impedir que, por medio de ellos, se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del tribunal. El empleo de la "policía de emergencia", lejos de liberar a los actos del Congreso del control jurisdiccional de constitucionalidad, exige que los magistrados lo practiquen con cuidadoso empeño.

En nuestros días se ha recurrido nuevamente a la doctrina de la emergencia, continuando con una práctica recurrente, al punto tal que entre la "normalidad" y la "anormalidad" constitucionales no sabemos muy bien cuál es el principio y cuál es la excepción. Sin negar la existencia de una situación de crisis, lo cierto es que el cambio en el modelo económico o "ajuste" se ha profundizado en nuestros días a partir de dos leyes marco de "emergencia administrativa" la una (ley 23.696), y de "emergencia económica" (ley 23.697) la otra. A partir de ellas se han sancionado otras muchas leyes de emergencia en las provincias. En el orden nacional se ha dictado una cantidad de "decretos de necesidad y urgencia" que tomaron como fundamento la emergencia normada por esas leyes.

La ley 23.696 (BO, 23/8/1989) de "Reforma del Estado" incorpora una serie de disposiciones referentes a la llamada "emergencia administrativa". Otras de sus normas exceden este concepto y entran a regir, por ejemplo, el tema de las privatizaciones y la participación del capital privado, o el programa de propiedad anticipada. Junto a la ley 23.697, integra un conjunto normativo de disposiciones que conforman una unidad orgánica e institucional, con la que se llega a una interpretación opuesta a la hermenéutica constitucional que convalida la intervención y gestión económica del Estado.

Mediante esta última ley se puso "en ejercicio el poder de policía de emergencia del Estado, con el fin de superar la situación de peligro colectivo creada por las graves circunstancias económicas y sociales que la Nación padece" (art. 1°).

Las provincias también sancionaron distintas normas sobre la materia (v.gr. Buenos Aires, ley 10.867; Santa Fe, ley 10.472; La Rioja, ley 5479).

Se ha destacado que, aun cuando estas normas se dictaron con relación a diversos temas, sus consecuencias fueron incidiendo de manera cada vez más gravosa sobre amplios sectores de la población, ya sea en forma directa o indirecta. Tal es el caso de quienes tienen sus ingresos económicos exclusivamente ligados al salario o a una jubilación. Desde aquellas primeras leyes de emergencia que a principios del siglo tendían a proteger a los numerosos afectados por la crisis habitacional o a los que debían enfrentar sus deudas hipotecarias y los intereses que ellas generaban, o las que en esta etapa, como se ha visto, tendían a evitar maniobras especulativas, se gira luego hacia otras normas de emergencia recesivas y que, entre otras cosas, instituyen un verdadero control de las remuneraciones como instrumento apto para la solución de la crisis; y todo ello recayó en gran medida y durante largos períodos sobre las espaldas de los sectores que sufren la mayor indigencia. O más aún, se concluye en el diseño de políticas económicas y fiscales "de ajuste" que intensifican la distribución regresiva del ingreso y agravan la situación de las pequeñas y medianas empresas del país. Ellas contienen, además, regímenes impositivos que en esencia imponen gravámenes indirectos que permiten trasladar el peso de dichos tributos a los consumidores finales, que en su gran mayoría son los que viven con magras remuneraciones o escasos haberes jubilatorios; todo lo cual revela que es necesaria una mayor equidad en las políticas que se impulsen para paliar las crisis [702].

6. La anulación del derecho injusto

La sanción de la ley 25.799 por parte del Honorable Congreso de la Nación, declarando la nulidad insanable de las leyes de Obediencia Debida (23.492) y de Punto Final (23.521), abre el debate acerca de si en un sistema jurídico positivo es posible anular normas que son consideradas moralmente injustas por importantes sectores de la población, y si puede procederse como si esas leyes nunca hubieran existido.

Desde la antigüedad se ha planteado el problema de la obediencia al derecho cuando el mismo es considerado moralmente injusto ¿qué debe prevalecer en tal caso: la norma jurídica que preserva el orden y la seguridad en el sistema o el sentimiento de justicia? En la *Antígona* de Sófocles aparece manifiesto este eterno conflicto. Para el llamado derecho natural se justifica inclusive el "derecho de rebelión" en el entendimiento de que "la ley que no es justa no parece que sea ley".

[702] CHOLVIS, Jorge Francisco, "La emergencia, su constitucionalidad y el condicionamiento socioeconómico", *Boletín de la AADC*, nro. 58, p. 4.

Pero en los sistemas democráticos existen mayores razones para cumplir las leyes que en los sistemas autoritarios, en tanto es precisamente la democracia el sistema que mejor propende a la realización de los derechos humanos al fundar las decisiones en el consenso y en la regla de la mayoría. Desde esa perspectiva, si se busca afirmar la autoridad del derecho, mal podría argumentarse su no acatamiento.

Por otra parte, borrar los efectos de las leyes como si nunca hubieran existido supone internarse en el carácter histórico que tiene el orden jurídico que respeta la lógica de los antecedentes y que se manifiesta en la aplicación de distintos principios clásicos como el de irretroactividad y el de la ley penal más benigna.

Las leyes de obediencia debida y punto final no gustan y han merecido serios reparos, como también los merecieron los indultos que beneficiaron a personas que merecen fuertes rechazos por parte de la ciudadanía, pero fueron sancionadas en su momento por el Congreso, respondiendo a razones de oportunidad, mérito y conveniencia, debatidas en los recintos de ambas Cámaras y han estado vigentes.

No cuestionamos aquí el fondo del debate ni la legitimidad o no de una determinada decisión política en un tema sensible para la mayor parte de la ciudadanía, pero si la democracia es un conjunto de reglas de procedimiento, deben buscarse las respuestas dentro del sistema jurídico, superando antiguos antagonismos entre iusnaturalistas y positivistas.

En ese balance no debe soslayarse el valor instrumental de la seguridad jurídica que se ha convertido en una verdadera demanda de cumplimiento por parte de la ciudadanía en una sociedad que no se ha caracterizado por su grado de acatamiento a las normas. Recordando a Sarmiento "...La Constitución no se ha hecho únicamente para dar libertad a los pueblos; se ha hecho también para darles seguridad, porque se ha comprendido que sin seguridad no puede haber libertad...".

Los valores deben ser ponderados con el conjunto de los principios que se encuentran en juego en una sociedad. En nuestro caso, se incluye entre ellos la necesidad de superar el pasado, de mirar hacia adelante, de impulsar la producción y el empleo y construir un futuro para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres y mujeres del mundo que quieran habitar el suelo argentino.

CAPÍTULO XXI

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

1. La designación y remoción de los magistrados

Siguiendo también en este punto el sistema estadounidense, la Constitución siguió un sistema político para la designación de los integrantes del Poder Judicial, cual es la propuesta del presidente de la Nación y la necesidad de contar con "acuerdo" del Senado antes de dictarse el decreto de designación respectivo. No solamente la separación de poderes justifica ese forma de conformación del Poder Judicial con la participación de los poderes políticos que le otorgan así legitimación popular indirecta.

También se ha destacado, desde una posición crítica, que el sistema de designación "política" de los jueces en el sistema norteamericano, está destinado a una conformación elitista o aristocrática del Poder Judicial al limitar el acuerdo al Senado, que es la Cámara conservadora, basada en su origen en un sistema de elección indirecto. Sin embargo, a esta objeción podría responderse que desde la reforma constitucional de 1994, el sistema de elección de los senadores es directo por el pueblo de las provincias y no por las legislaturas como ocurría con anterioridad.

No obstante, la reforma mantuvo el sistema de designación política para los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; en tanto que, para el resto de los magistrados inferiores estableció el requisito de un concurso público ante el Consejo de la Magistratura creado por la propia reforma (art. 114, inc. 1°, CN). Dichos concursos consisten en una evaluación de antecedentes y una oposición que generalmente consiste en la resolución de casos judiciales hipotéticos vinculados con el fuero al que se intenta acceder.

Esa medida respondió a una demanda de la ciudadanía de una mayor transparencia en los procedimientos de selección, lo que asegura con dichos concursos públicos. Para el caso de la Corte Suprema, no obstante que la Constitución establece como requisitos ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio y las demás calidades necesarias para ser senador, es decir tener treinta años de edad y seis años de ciudadanía (art. 111, CN); el Poder Ejecutivo nacional por el dec. 222/2003 ha establecido un proceso público de selección previa del postulante por parte del Poder Ejecutivo que se sus-

Pero en los sistemas democráticos existen mayores razones para cumplir las leyes que en los sistemas autoritarios, en tanto es precisamente la democracia el sistema que mejor propende a la realización de los derechos humanos al fundar las decisiones en el consenso y en la regla de la mayoría. Desde esa perspectiva, si se busca afirmar la autoridad del derecho, mal podría argumentarse su no acatamiento.

Por otra parte, borrar los efectos de las leyes como si nunca hubieran existido supone internarse en el carácter histórico que tiene el orden jurídico que respeta la lógica de los antecedentes y que se manifiesta en la aplicación de distintos principios clásicos como el de irretroactividad y el de la ley penal más benigna.

Las leyes de obediencia debida y punto final no gustan y han merecido serios reparos, como también los merecieron los indultos que beneficiaron a personas que merecen fuertes rechazos por parte de la ciudadanía, pero fueron sancionadas en su momento por el Congreso, respondiendo a razones de oportunidad, mérito y conveniencia, debatidas en los recintos de ambas Cámaras y han estado vigentes.

No cuestionamos aquí el fondo del debate ni la legitimidad o no de una determinada decisión política en un tema sensible para la mayor parte de la ciudadanía, pero si la democracia es un conjunto de reglas de procedimiento, deben buscarse las respuestas dentro del sistema jurídico, superando antiguos antagonismos entre iusnaturalistas y positivistas.

En ese balance no debe soslayarse el valor instrumental de la seguridad jurídica que se ha convertido en una verdadera demanda de cumplimiento por parte de la ciudadanía en una sociedad que no se ha caracterizado por su grado de acatamiento a las normas. Recordando a Sarmiento "...La Constitución no se ha hecho únicamente para dar libertad a los pueblos; se ha hecho también para darles seguridad, porque se ha comprendido que sin seguridad no puede haber libertad...".

Los valores deben ser ponderados con el conjunto de los principios que se encuentran en juego en una sociedad. En nuestro caso, se incluye entre ellos la necesidad de superar el pasado, de mirar hacia adelante, de impulsar la producción y el empleo y construir un futuro para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres y mujeres del mundo que quieran habitar el suelo argentino.

CAPÍTULO XXI

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

1. La designación y remoción de los magistrados

Siguiendo también en este punto el sistema estadounidense, la Constitución siguió un sistema político para la designación de los integrantes del Poder Judicial, cual es la propuesta del presidente de la Nación y la necesidad de contar con "acuerdo" del Senado antes de dictarse el decreto de designación respectivo. No solamente la separación de poderes justifica ese forma de conformación del Poder Judicial con la participación de los poderes políticos que le otorgan así legitimación popular indirecta.

También se ha destacado, desde una posición crítica, que el sistema de designación "política" de los jueces en el sistema norteamericano, está destinado a una conformación elitista o aristocrática del Poder Judicial al limitar el acuerdo al Senado, que es la Cámara conservadora, basada en su origen en un sistema de elección indirecto. Sin embargo, a esta objeción podría responderse que desde la reforma constitucional de 1994, el sistema de elección de los senadores es directo por el pueblo de las provincias y no por las legislaturas como ocurría con anterioridad.

No obstante, la reforma mantuvo el sistema de designación política para los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; en tanto que, para el resto de los magistrados inferiores estableció el requisito de un concurso público ante el Consejo de la Magistratura creado por la propia reforma (art. 114, inc. 1°, CN). Dichos concursos consisten en una evaluación de antecedentes y una oposición que generalmente consiste en la resolución de casos judiciales hipotéticos vinculados con el fuero al que se intenta acceder.

Esa medida respondió a una demanda de la ciudadanía de una mayor transparencia en los procedimientos de selección, lo que asegura con dichos concursos públicos. Para el caso de la Corte Suprema, no obstante que la Constitución establece como requisitos ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio y las demás calidades necesarias para ser senador, es decir tener treinta años de edad y seis años de ciudadanía (art. 111, CN); el Poder Ejecutivo nacional por el dec. 222/2003 ha establecido un proceso público de selección previa del postulante por parte del Poder Ejecutivo que se sus-

tancia a través del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos que incluye la publicación de los antecedentes de los postulantes en medios masivos e Internet, así como la obligación de hacer públicos sus declaraciones juradas y antecedentes.

No obstante la sana intención de esa medida recomendada por un grupo importante de organismos no gubernamentales (ONGs), destinada a mejorar la idoneidad de los candidatos propuestos y su compromiso democrático; se ha planteado que, por tratarse de un decreto de "autolimitación" presidencial, y no de un mandato constitucional; existirían fundadas dudas en cuanto a que el mencionado decreto pudiese obligar a un nuevo presidente, aun sin necesidad de derogación.

En cuanto a la selección que efectúa el Consejo de la Magistratura para los tribunales inferiores, una vez realizada la evaluación de antecedentes, de producida la prueba de oposición, que tuviera lugar el procedimiento de impugnaciones y que interviniera la Comisión de Selección con su dictamen, el pleno del Consejo eleva una terna al Poder Ejecutivo quien puede elegir a cualquiera de los allí incluidos, de manera discrecional, sin estar obligado a respetar el orden de mérito resultante del concurso. Una vez que el presidente selecciona a uno de los candidatos de la terna, eleva el "pliego" para su consideración por la comisión de acuerdos del Honorable Senado de la Nación. Concedido el acuerdo respectivo, a cuyos efectos el candidato suele ser citado a comparecer a la respectiva comisión del Senado, el presidente dicta el decreto de designación. El nuevo magistrado queda investido a partir del acto de su juramento de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución (art. 112).

El art. 110, CN, determina que 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 de manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones.

La intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados fue sostenida por la jurisprudencia en los casos "Masci" y "Bonorino Peró". No obstante, se ha ido generalizando la posición en cuanto a que la imposición del impuesto a las ganancias a los jueces no afectaría la intangibilidad en cuanto a que responden a criterios generales aplicables a toda la ciudadanía. Esto es cierto, pero queda muy en duda que el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo pueda ejercer presiones económicas sobre los jueces al aumentar las alícuotas de los impuestos. No debe olvidarse que no se trata de privilegios personales sino de garantías funcionales con el fin de afirmar la independencia del Poder Judicial.

En cuanto a la remoción de los magistrados, la duración en sus cargos dura lo que dure su buena conducta. Se trata de una causal genérica que debe interpretarse conforme a las leyes en el sentido de que su accionar no configure delitos. Consideramos así muy peligrosos los intentos legislativos de calificar presuntas causales de "buena conducta" por parte de los jueces porque puede dar lugar a interpretaciones parciales. También consideramos que excede el marco constitucional considerar dentro de las causales de "mala conducta" o de "mal desempeño" al contenido de las sentencias.

Este tipo de problemas se ha planteado tanto en el procedimiento de remoción para los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es el juicio político celebrado ante el Senado por acusación de la Cámara de Diputados, a cuyas normas nos remitimos; como así también en los procesos de remoción seguidos contra los magistrados de tribunales inferiores que se sustancian ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados previo dictamen de acusación por la comisión respectiva del Consejo de la Magistratura.

2. El Consejo de la Magistratura

El valor constitucional que se encuentra en juego es la "idoneidad" (art. 16, CN). Y, más precisamente, la idoneidad para ser magistrado. Las sombras de sospechas que recaen sobre muchos magistrados y la imagen negativa del Poder Judicial en la sociedad, motivaron que desde hace tiempo, aun antes de la reforma, algunos autores propugnaran este instituto propio de algunos países europeos de sistema parlamentario (España e Italia) y semipresidencialista (Francia), con la idea de que por tal camino podría mejorarse el nivel de las personas que ejerzan la magistratura, sobre todo en la etapa de su selección y —aun— de su formación. En algunos de los trabajos mencionados se propugnaba, junto con el Consejo de la Magistratura, la creación de una "Escuela Judicial". Antes de la reforma constitucional existieron —inclusive— proyectos para crear un Consejo de la Magistratura por ley, toda vez que no existía impedimento constitucional alguno para utilizar esta vía. En muchas constituciones provinciales, como, por ejemplo, las de Río Negro, Chubut y Santiago del Estero, se encontraba previsto el instituto, con mayor o ninguna operatividad en la práctica, según el caso. Parece ser que estos antecedentes influyeron, además de los precedentes extranjeros ya citados; téngase en cuenta, a tal efecto, que el Consejo de la Magistratura no fue previsto en ninguno de los dos antecedentes principales de la reforma de 1994, a saber: la reforma "provisoria" de 1972 y los *Dictámenes* del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Por tal motivo, la aparición del Consejo de la Magistratura en el "núcleo de coincidencias básicas" de la ley 24.309 como consecuencia del Pacto de Olivos, parece tener su principal fundamento en la necesidad de "despolitizar" los nombramientos de los jue-

ces, centrando la atención en la idoneidad del candidato, más que en la fidelidad hacia quien realizó el nombramiento. El ejemplo de Italia, donde la actuación de dicho instituto ha traído como consecuencia la manifestación de conductas ejemplares por parte de los magistrados ante la oleada de corrupción en la clase política que culminó en el conocido proceso *mani pulite*, ha influido también de manera positiva en su incorporación a la Constitución.

Con mucha claridad —y con toda razón— ha expuesto el Dr. Alberto A. Spota en su trabajo *El Consejo de la Magistratura* que su origen se remonta al siglo XVII, más concretamente al Estatuto "Albertino" del reino de Sicilia y a la ley "Orlando", en el contexto de la transición desde las monarquías absolutas hacia las monarquías semiabsolutas, que fueron paulatinamente desprendiéndose de funciones [703]. La tarea de juzgar era así entendida como una función de gobierno, o función ejecutiva, o más precisamente, como "administración de justicia". De ese modo, en Europa, los Consejos de la Magistratura fueron concesiones del monarca para asegurar un cierto grado de independencia funcional a los jueces que, en verdad, dictaban sentencia "en nombre del rey". De allí resulta la posterior evolución ocurrida en los sistemas parlamentarios europeos y en el sistema semipresidencialista francés, donde los Consejos de la Magistratura se dan en el marco de una dependencia de la administración de justicia con relación al gobierno. Se trata —repetimos— de sistemas de administración de justicia y no de sistemas de "Poder Judicial", como es el sistema presidencialista, de origen estadounidense y cuyo modelo ha adoptado la Constitución Nacional.

En los sistemas parlamentarios europeos, cuyos orígenes se remontan a las monarquías absolutas, la función de juzgar es, en definitiva, una función de administración; en ese sentido, Montesquieu mencionaba entre las funciones del gobierno a la "administración del derecho civil" y la "administración del derecho de gentes", entendiéndose por la primera a la función de juzgar y por la segunda a la de legislar [704]. No es el caso del sistema presidencialista donde no hay administración de justicia, sino "función judicial" como tarea realizada por un poder independiente de los otros dos poderes del Estado. En ese sentido, resulta también impropia la terminología adoptada por el constituyente de 1994 en el art. 114, al hablarse de "administración de justicia", en una parte, y de "servicio de justicia" en otra parte.

Es un hecho verificable, sin embargo, que en nuestro sistema jurídico aparecen problemas de sistematización que son la resultante de la superposición de instituciones cuyos orígenes se remontan a modelos distintos, aplicados en realidades también distintas. Así ocurre que tenemos una Constitución inspirada en el modelo federalista y presidencialista de la Constitución estadounidense y un derecho administrativo cuyos institutos se han desarrollado bajo la influencia de la doctrina francesa y española; esto sin dejar de recordar la polémica entre Alberdi y Vélez Sarsfield en cuanto a las fuentes del Código Civil y los modelos inspiradores de nuestro derecho penal y del derecho procesal, donde se entremezcla la influencia española con la italiana y, de modo más reciente, con la influencia alemana.

[703] SPOTA, Alberto Antonio, *Consejo de la Magistratura*, separata de "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1995.

[704] MONTESQUIEU, *El espíritu...*, cit.

En el ámbito propio del derecho constitucional, puede observarse, como hemos señalado en otra parte, que los antecedentes extranjeros que más influyeron en la reforma constitucional de 1994 han sido las Constituciones europeas y, especialmente, la Constitución española de 1978, que es fuente de muchos artículos nuevos, entre ellos el nuevo art. 114. De ese modo, el constituyente de 1994 se apartó del precedente estadounidense que ha sido el que ha seguido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de jurisprudencia [705].

Esto no significa que el Consejo de la Magistratura deba descalificarse por tratarse de una institución "extraña" a nuestra tradición jurídica en el campo constitucional. Si así fuera, deberíamos concluir que toda adopción de un modelo distinto del original ocasionaría una disfunción y existen otros "modelos" que no se han correspondido con el original y que, sin embargo, han funcionado. Así ocurrió con el Gabinete de Ministros, que no existe como tal en los Estados Unidos y con otras instituciones, como el propio diseño del Poder Ejecutivo que se ha inspirado en el proyecto Egaña para Chile, más allá de su precedente norteamericano, al que se parece más actualmente, a partir de la incorporación de la reelección del presidente y vicepresidente de la República. Pero sí en cambio deben advertirse las diferencias y —especialmente— tenerse en cuenta aquellos puntos que pueden resultar disfuncionales.

El art. 114 referido al Consejo de la Magistratura, así como el 115 que trata sobre el sistema de enjuiciamiento para sustitución de magistrados (*jury*), se encuentra ubicado en la segunda parte de la Constitución, dentro del tít. I (Autoridades de la Nación), secc. 3ª (Del Poder Judicial). Así resulta por su ubicación en el texto. Aun cuando algunas opiniones han pretendido forzar esta clara ubicación, sosteniendo que se trata de un órgano "complejo", o aun, de un órgano "extrapoder", obsérvese que tal interpretación no resulta ni del texto ni de la intención del constituyente: cuando se ha querido establecer un órgano como "extrapoder" así se lo ha hecho, como ocurrió en

[705] Ver DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994* (comentada), Librería Editora Platense, 1ª ed., 1994, 2ª ed., 1996. Ver especialmente el prólogo a la primera edición titulado "Balance de la reforma".

el caso del Ministerio Público, donde expresamente se menciona tal circunstancia (art. 120). Y aun así la cuestión ha sido controvertida en función de los antecedentes que el Ministerio Público tiene en nuestro derecho respecto de sus orígenes ligados al Poder Judicial. Ha sido el Dr. Néstor Sagüés quien se ha pronunciado con toda claridad por el carácter "extrapoder" del Ministerio Público. Pero ocurre que mientras el art. 120 define al Ministerio Público como órgano extrapoder y la Constitución lo trata en una sección especial, ésa no es la situación de Consejo de la Magistratura, que se encuadra dentro del Poder Judicial.

Ésta no es, para nada, una cuestión menor; por el contrario, aquí es donde se observa una de las principales diferencias con los modelos europeos. En Italia y Francia, por ejemplo, el Consejo de la Magistratura está presidido por el presidente de la república e integrado por representantes de los magistrados y de los parlamentarios. En algunas provincias argentinas, entre ellas la de Buenos Aires, existen comisiones asesoras para la magistratura en el ámbito del Poder Ejecutivo creadas por decreto, de forma tal que es el gobernador de la provincia quien mantiene la facultad de nombrar a los magistrados, con acuerdo del Senado; pero en este caso, el Poder Ejecutivo se autolimitó en sus facultades al proponer solamente a aquellos candidatos que previamente ha seleccionado la Comisión [706].

Pero si el Consejo de la Magistratura se encuentra en el ámbito del Poder Judicial las cosas son distintas toda vez que en esa rama del poder la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la cabeza. Así lo dispone la Constitución Nacional que solamente en dos oportunidades utiliza la expresión "supremo": una, para decir que el presidente es el "jefe supremo de la Nación" (art. 99, inc. 1°) y la segunda cuando se refiere a la Corte Suprema de Justicia (arts. 108 y ss.) y a los demás tribunales inferiores que componen el Poder Judicial. El carácter "Supremo" de la Corte significa que tiene la última instancia en la decisión, aun de aquellos temas que el art. 114 pone en manos del Consejo de la Magistratura. Entendemos que el Consejo tiene por fin principal la selección de magistrados pero que en las tareas de organización y administración interna el Poder Judicial cumple el rol de un organismo auxiliar, cuyas decisiones serán, en última instancia, apelables ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ese sentido, no existe prohibición alguna en el art. 114, en cambio, el art. 115 dispone que las decisiones del jurado de enjuiciamiento son irrecurribles. Es un principio de interpretación constitucional en el que no cabe realizar distinciones interpretativas allí donde el legislador constituyente no ha distinguido.

[706] La Comisión Asesora de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires fue creada por dec. 4529/1988. Tiene por objeto seleccionar los candidatos a jueces. En la práctica, el gobernador no se ve obligado por el orden de la lista, pero nombra a los candidatos previamente calificados.

El problema radica en que la Constitución ha mantenido en vigencia el principio por el cual el presidente nombra a los magistrados con acuerdo del Senado, aun cuando el inc. 4° del art. 99 presenta una nueva redacción que resulta conveniente recordar en esta parte: "Art. 99 (ex 86). *El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...]*

"4. 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 los magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite".

Sin embargo, la norma es clara en cuanto a que los tres poderes participan ahora del nombramiento de los jueces y no solamente el presidente y el Senado como era antes. El presidente propone al acuerdo del Senado un candidato que debe surgir de una terna "vinculante". Aquí se presenta otra diferencia con los Consejos de la Magistratura europeos, toda vez que en aquellos países es el Consejo —directamente— quien designa a los magistrados mediante el procedimiento adecuado (concurso, oposición, etc.). En nuestro sistema presidencialista, la designación sigue estando a cargo del presidente, con el respectivo acuerdo senatorial, pero la participación del Poder Judicial (que integra el Consejo de la Magistratura) se da a través de la proposición de una terna que es vinculante para el presidente de la Nación, es decir, y siguiendo al idioma castellano, que en este punto el presidente está condicionado a designar a uno de los integrantes de la terna, cuya aptitud es convalidada por el órgano especial creado en el ámbito del Poder Judicial. De esa manera son ahora los tres poderes los que participan en la designación.

No tienen cabida a nuestro entender las interpretaciones restrictivas que pretenden que la designación continúa siendo una amplia facultad presidencial y que el Poder Ejecutivo podría —inclusive— no sentirse obligado por la terna propuesta por el Consejo de la Magistratura. Esa posición fue la sostenida por el Dr. Rodolfo Barra al exponer en el Seminario Internacional sobre Reforma de la Constitución Argentina, realizado con el auspicio del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional en la sede del Concejo Deliberante de la ciudad de Buenos Aires en mayo de 1995.

El hecho de que el Consejo de la Magistratura se integre con miembros que provienen, en cuanto a su designación, del Poder Judicial y, también, de los otros dos poderes del Estado, no le quita su carácter de integrante de la rama judicial. Por el contrario, la adscripción de los miembros al Poder Legislativo o al Poder Ejecutivo, tiene que ver con la conformación del organismo, pero no con la pertenencia del órgano. Su ubicación constitucional —repetimos— es el Poder Judicial y los integrantes del Consejo si fueran, por ejemplo, legisladores, no deberían gozar de los privilegios e inmunidades que hacen a aquella función cuando se desempeñen en el ámbito del Consejo de la Magistratura. Sobre este tema hay distintas posturas; los Dres. Rafael Bielsa y Eduardo Graña se han referido al mismo, proponiendo que los representantes del Legislativo sean asesores y no legisladores, para no afectar las funciones específicas [707].

En cuanto a la administración de los recursos financieros, debe entenderse que la facultad que la Constitución concede al Consejo de la Magistratura no puede ir en detrimento de la Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial. De lo contrario estaríamos ante un debilitamiento evidente de sus facultades que sería totalmente contrario al objetivo de asegurar la independencia del Poder Judicial. Como ya está dicho *ut supra*, entendemos que toda decisión del Consejo es revisable por la Corte Suprema. La aprobación del presupuesto, finalmente, deberá seguir el curso general de aprobación por el Congreso de la Nación.

3. El jurado de enjuiciamiento

Ya hemos señalado que la remoción de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo puede producirse por el procedimiento del juicio político. Para los demás magistrados el art. 115, CN, introduce el jurado o *jury* de enjuiciamiento de magistrados que ya es de práctica desde hace varios años en muchas provincias argentinas.

Consiste en un tribunal especialmente constituido para juzgar la conducta de los jueces y, en su caso, destituirlos. La norma remite su regulación a una ley especial que determina que estará integrado por legisladores, jueces y abogados de la matrícula federal. Así como el presidente del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación es el presidente de la Corte Suprema, el presidente del jurado de enjuiciamiento es el vicepresidente del Alto Tribunal.

La ley actualmente vigente ha instituido el jurado de enjuiciamiento como un órgano permanente con el fin de asegurar su imparcialidad, aunque

[707] Ver BIELSA, Rafael - GRAÑA, Eduardo, *El Consejo de la Magistratura*, La Ley, Buenos Aires, 1995.

han existido distintos proyectos de ley así como voces críticas que señalan la conveniencia de un tribunal *ad hoc*, conformado para cada caso o juicio con el fin de aminorar los costos que demanda el mantenimiento de una estructura administrativa.

Los antecedentes de los *jury* de enjuiciamiento de magistrados que existen en muchas provincias se han inclinado por un tribunal que se conforma por sorteo y se reúne para cada caso en particular; así funciona regularmente en la provincia de Buenos Aires donde se han realizado muchos procesos contra magistrados en diferentes oportunidades.

El art. 115 de la Constitución establece que los fallos del jurado de enjuiciamiento son *irrecurribles*. Ello plantea una diferencia con el art. 114 referido al Consejo de la Magistratura que no contiene tal previsión y que, por lo tanto, es pasible de recursos ante la Corte Suprema de Justicia en el marco de su competencia.

Sin embargo, ambos artículos se encuentran ubicados dentro del cap. I de la secc. 3ª de la segunda parte de la Constitución; sección que se refiere al Poder Judicial de la Nación; de donde bien cabe interpretar que si bien los fallos del jurado de enjuiciamiento de magistrados son irrecurribles en cuanto a su contenido, serán en cambio pasibles de revisión en la medida en que pudieren haberse cometido violaciones a la garantía constitucional del debido proceso (art. 18, CN).

Para que un magistrado pueda ser sometido a proceso ante el mencionado órgano constitucional, debe ser previamente acusado por la comisión de acusación del Consejo de la Magistratura, de donde también aparece una relación institucional entre el Consejo y el jurado. Las causales de acusación son las mismas que se requieren para el juicio político de donde también cobra relevancia especial la causal de "mal desempeño", y, especialmente, en casos en que se ha pretendido enjuiciar a un magistrado por el contenido de sus sentencias.

Al respecto cabe recordar al Dr. Alfredo Palacios cuando sostuvo que "...así como ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molestado por opiniones que emita en desempeño de su mandato, ni el Poder Ejecutivo puede atribuirse funciones judiciales, recíprocamente los magistrados no pueden ser enjuiciados por las doctrinas o convicciones que sustenten en sus fallos porque entonces desaparecería totalmente su independencia y quedaría abolido el principio de separación de poderes".

Al respecto, también ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el fin último de la independencia de los jueces es lograr una administración imparcial de justicia, fin que no se realizaría si los jueces carecieran de plena libertad de deliberación y decisión en los casos que se some-

ten a su conocimiento. Siendo obvio que este 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, en tanto no constituyan delitos reprimidos por las leyes o traduzcan ineptitud moral o intelectual que lo inhabilite para el desempeño de su cargo. Es obvio que el posible error de las resoluciones cuestionadas en materia opinable, con prescindencia del juicio que pueda merecer lo decidido respecto de su acierto, no puede determinar el acierto del magistrado.

En definitiva, el sistema provee los mecanismos para que la disconformidad con el contenido de una sentencia o fallo pueda ser cuestionado ante el Superior a través de los recursos procesales correspondientes. Las causales de *sentencia arbitraria* prevén también los remedios en cuanto al error o equívoca fundamentación del derecho y hasta el recurso de nulidad permite fulminar los efectos de una sentencia que se considera errónea.

La destitución de un magistrado implica el apartamiento de su cargo, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren corresponderle en materia penal en los casos en que la destitución por delitos o crímenes en ejercicio de sus funciones.

Una discusión que se ha planteado en nuestro país es la posibilidad de renuncia de un magistrado sometido a enjuiciamiento o bien al juicio político (si se tratase de un ministro de la Corte). Al respecto Bidart Campos ha sostenido la ineficacia de la renuncia presentada una vez iniciado el procedimiento porque entiende que en tal caso debe prevalecer el interés general en obtener la verdad, dados los altos valores comprometidos. Sin embargo, no existe en la Constitución norma alguna que dé fundamento a esa posición.

En los casos en que la Constitución requiere que una renuncia sea aceptada, así lo ha determinado expresamente como ocurre con la renuncia del presidente de la Nación que requiere aceptación por parte de la Asamblea Legislativa. En ese caso hay un interés institucional por encima del derecho civil, individual y unilateral a renunciar. En el caso de la renuncia de los jueces, no hay en la Constitución una disposición similar que les impida renunciar durante el trámite de un proceso de enjuiciamiento, más allá de los alcances éticos que tal determinación conlleva.

CAPÍTULO XXII

EL MINISTERIO PÚBLICO

La naturaleza del Ministerio Público ha sido un tema de frecuente debate en nuestro país en los últimos tiempos previos a la reforma constitucional de 1994. Sus orígenes hispánicos afirman y remontan su pertenencia a la órbita del Poder Judicial; pero en los últimos años se había afirmado su ligazón con el Poder Ejecutivo, más a la manera estadounidense donde el fiscal está ligado a representar al Estado, más que a los intereses generales de la sociedad. Así ocurrió también en nuestro país, cuando la tradición del juramento del procurador general de la Nación ante el presidente de la Corte Suprema se trasladó al juramento ante el ministro de Justicia, al tiempo que se había iniciado la práctica de que los fiscales recibieran "instrucciones" del Poder Ejecutivo que ponía en serias dudas su nivel de independencia. Entre los autores clásicos que habían sostenido su vinculación al Poder Ejecutivo se encontraban Joaquín V. González y Rafael Bielsa. Cabe asimismo señalar que un precedente de la Corte Suprema de 1891 llamó al procurador general *consejero legal del presidente de la República* [708].

Para dar más fuerza a esa posición de independencia, en muchos estados de Norteamérica, los fiscales son elegidos popularmente, situación que los fortalece ante la opinión pública dando mayor legitimidad a su accionar.

La ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional, dio un mandato al constituyente para considerar al Ministerio Público como un órgano "extrapoder". Y así resultó su inclusión en una secc. 4ª dentro del gobierno federal, que afirma ese rol institucional de nuevo poder del Estado, que ya no son tres, sino cuatro. En ese mismo sentido, la Constitución no solamente le da autonomía funcional sino también autarquía financiera.

El Ministerio Público en la Nación argentina es "bicéfalo", ya que está encabezado por el procurador general de la Nación y por el defensor general de la Nación, ambos con igual jerarquía —cabeza de poder— quienes son

[708] GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, p. 734.

propuestos por el presidente con acuerdo del Senado. Al estar separadas las cabezas en dos ramas, el constituyente buscó con razón que el jefe de los fiscales no fuera el jefe de los defensores, como había ocurrido en el pasado generando fuertes críticas.

La función esencial del Ministerio Público es la de representar los intereses de la sociedad y ejercer la acción pública. Los intereses generales de la sociedad son una especie del interés público, donde prima el interés común por sobre los intereses particulares. Como ejemplos de tales casos caben citar las acciones contra el lavado de dinero, el tráfico ilícito de drogas y la corrupción en la Administración Pública.

También debe relacionarse este tema con la defensa de los derechos de incidencia colectiva que prescribe el art. 43, CN, y es por eso que, aunque el mencionado artículo no incluya al Ministerio Público en la tutela de los intereses difusos, el consumidor también cuenta con la posibilidad de que los fiscales puedan interponer amparos ante los tribunales [709].

La ley 24.946 reglamenta este artículo dividiendo en dos ramas separadas el Ministerio Público fiscal y el Ministerio Público de la defensa. El primero actúa en los procesos penales, interponiendo las acciones por delitos de acción pública, y también en los procesos civiles, comerciales y laborales, en los casos en que se encuentre comprometido el bien público. Está compuesto por el procurador general de la Nación, los procuradores fiscales ante la Corte, los fiscales de la Procuración General de la Nación, los fiscales ante los tribunales colegiados de casación, de segunda instancia, de instancia única, los fiscales generales adjuntos, los fiscales ante los jueces de primera instancia y los fiscales auxiliares ante los tribunales de primera instancia.

Por su parte, al Ministerio Público de la defensa le corresponde velar por la persona y bienes de los menores e incapaces, interviniendo o asesorando judicialmente a éstos. En tal sentido, patrocina o asesora a las personas de escasos recursos en procesos civiles, o en penales si no tienen defensor privado, y representa a los que se encuentran ausentes en ocasión de requerirles la defensa de sus derechos. Está integrado por el defensor general de la Nación, los defensores oficiales ante la Corte, los defensores públicos de menores e incapaces, los tutores y curadores públicos, los defensores públicos oficiales, los defensores públicos adjuntos de menores e incapaces y los defensores públicos oficiales adjuntos ante los tribunales colegiados de casación, de segunda instancia y de instancia única.

[709] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución...*, cit., p. 710.

En ese sentido, cabe recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica", al ampliar el catálogo de garantías judiciales del debido proceso, establece concretamente en el art. 8°, inc. 2°, ap. e) el derecho irrenunciable que tiene toda persona inculpada de delito, de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

La consideración del Ministerio Público como órgano extrapoder ha sido uno de los grandes logros de la reforma constitucional de 1994 y la ley reglamentaria 24.946 ha interpretado cabalmente el mandato del constituyente.

CAPÍTULO XXIII

LA NACIÓN Y LAS PROVINCIAS

UNIVERSIDAD CATÓLICA
BIBLIOTECA CENTRAL
SALTA

1. El art. 121

Al haber adoptado nuestra Constitución el *federalismo* como forma de Estado, se plantean importantes cuestiones, no solamente en orden a las competencias jurídicas de las unidades territoriales internas, sino también en cuanto al origen histórico de las mismas. Buena parte de estos debates han surgido a partir del modelo norteamericano que se tomó como ejemplo a seguir para superar las desavenencias históricas entre *unitarios* y *federales*.

En aquel país, los estados de Nueva Inglaterra, ubicados en la Costa Este, tenían el carácter de Estados independientes entre la declaración de la independencia ocurrida el 4/7/1776 y la sanción de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en 1787. La propia denominación de "Estados Unidos" refleja esa situación preexistente de estados que ya se habían dado previamente sus propias constituciones (Virginia, Massachussetts, New Hampshire, etc.). El proceso de la independencia dio allí lugar a la formación de tratados interestaduales que culminaron en la forma de Estado confederal al firmarse los llamados "Pactos de Unión Perpetua" y los denominados "Artículos de la Confederación".

En oportunidad de convocarse en 1787 a una convención para revisar los mencionados "Artículos de la Confederación" fue que los representantes de los Estados soberanos, seguramente alentados por el clima intelectual que forjaron los *federalistas* en distintos artículos, consideraron la conveniencia de ceder poderes y competencias desde los Estados a un ente político nuevo: *el gobierno federal*. Al hacerlo así, inventaron el modelo federal norteamericano creado por su Constitución bicentenaria, también consideraron la conveniencia de la república representativa y del presidencialismo, características —todas ellas— que adoptarían nuestros constituyentes de 1853 a partir de las sugerencias de Benjamín Gorostiaga, siguiendo el pensamiento e inspiración que tempranamente expusiera Esteban Echeverría.

Al ceder competencias y poderes desde los estados hacia el nuevo gobierno federal, los representantes fueron cautelosos y muy medidos; posiblemente hasta desconfiados del costo que para sus libertades puritanas,

para su religión y para sus propiedades podría tener toda concentración de poder. Los *framers* tenían especial preocupación a todo aquello que se arrogara posiciones populistas o pueblada que invocaran la democracia, la experiencia asambleísta francesa era demasiado reciente, así como el pensamiento de James Madison en cuanto a que debía preservarse a las minorías, entre las que se ubicaba la "parte más sana de la sociedad" integrada por los "padres fundadores", granjeros protestantes y padres de familia.

La cautela en ceder competencias se puso de manifiesto en lo corto del texto constitucional originario norteamericano, de sólo siete artículos. Obsérvese que en la literatura estadounidense de derecho constitucional, el término *state* se refiere a los Estados locales, en tanto que para referirse al gobierno federal —incluyendo a los tres poderes— la expresión utilizada es *government*. De manera que la clave de bóveda fue la X enmienda de la Constitución de los Estados Unidos cuando dice que los estados conservan los poderes no delegados por la Constitución al gobierno federal. Se trata de la misma fórmula que ha seguido nuestra Constitución Nacional en el art. 121 (ex 104) y que opera —en el sentido kelseniano de la palabra— como una "norma de clausura" de nuestra norma constitucional, operando la misma a favor de las competencias remanentes de las provincias.

En tal sentido, nuestro art. 121 dice 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 momento de su incorporación. Se trata de una "norma de clausura" del sistema entre el Estado federal y las provincias. Si la primera norma de clausura del sistema constitucional, que es nuestro art. 19 señaló que la libertad es el principio para las personas, en tanto que la limitación es el principio para el poder; aquí el art. 121 está diciendo que los poderes del Estado federal se encuentran limitados a lo establecido por la Constitución en los arts. 75 (Poder Legislativo), 99 (Poder Ejecutivo), 116 y 117 (Poder Judicial) y 120 (Ministerio Público); de modo que los poderes que no han sido *expresamente* delegados corresponden, por principio constitucional, a las provincias, por eso nos encontramos ante un segundo principio de reparto del orden constitucional.

2. La preexistencia histórica de las provincias argentinas

Un debate existente en nuestro derecho constitucional es el referido a la preexistencia histórica de las provincias argentinas. En sentido favorable a esa preexistencia se pronuncia el profesor Germán J. Bidart Campos señalando que las trece provincias "históricas" que se reunieron en Santa Fe después de la batalla de Caseros y del acuerdo de San Nicolás de los Arroyos son las que sancionaron la Constitución Nacional, como lo explica el propio Preámbulo al declarar "Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente, *por voluntad y elección de las provincias que la componen...*", y de donde surgiría con claridad que son las provincias las que dan contenido a la Nación, de manera que no se trata de sujetos de derecho público disociados. Las restantes diez provincias surgen del mecanismo previsto en el art. 13 del texto constitucional, mecanismo que permite la formación de nuevas provincias con aprobación del Congreso.

En cambio, para otros autores que asumen una posición algo menos historicista y más positivista en este tema, como es el caso del profesor Alberto A. Spota; más allá de las cuestiones históricas, sociológicas y hasta culturales, en sentido jurídico *stricto sensu* a partir de la teoría del poder constituyente originario, la Nación argentina se constituyó primero, en tanto que las constituciones provinciales son un caso de ejercicio de poder constituyente secundario o derivado en los términos del art. 5°, CN. No había en nuestro caso constituciones provinciales anteriores en donde se hubiera expresado el poder constituyente, como sí ocurría, en cambio, con la Constitución estadounidense. Tampoco es ocioso recordar que la Constitución de 1853 había dispuesto un agregado en el actual art. 3° que permitía la revisión por parte del Congreso de las Constituciones que sancionaran las provincias, cláusula eliminada en 1860 a raíz de la incorporación de Buenos Aires a la Confederación.

A pesar de la solidez que tienen ambas posiciones precedentes, creo que nuestra realidad político-institucional merece el esfuerzo de intentar una justificación intermedia a partir de una realidad histórica indiscutible de las provincias argentinas que las llevó a denominaciones autorizadas por el art. 35, tales como *"Provincias Unidas del Río de la Plata"* y *"Confederación Argentina"*. Por otra parte, si bien es cierto que no se registra la existencia anterior de constituciones políticas provinciales, no es menos cierto que al referirse el propio Preámbulo constitucional a los *pactos preexistentes* en cuyo cumplimiento se sanciona la Constitución, son las provincias firmantes del Tratado de Pilar, del Tratado del Cuadrilátero; del Pacto Federal del 4/1/1831 y del acuerdo de San Nicolás de los Arroyos quienes se habían comprometido a tal fin por acuerdos soberanos de validez equivalentes a tratados internacionales.

Ahora bien, la preexistencia histórica y sociológica de las provincias tampoco niega ni resulta contradictorio con que todas sus constituciones son posteriores y se sancionaron en orden a lo dispuesto del art. 5°, de donde tiene razón Spota cuando afirma que el poder constituyente provincial en la Argentina es secundario, toda vez que deriva del poder constituyente originario en el orden federal.

Por tal motivo, no compartimos la idea manifestada por Mercado Luna en cuanto a que las provincias históricas sean intangibles por ser previas al

Estado federal. En nuestra opinión, no niega su carácter histórico y su participación en la conformación de la Nación el que en el futuro pudieran eventualmente modificarse sus límites territoriales por aplicación del procedimiento que la misma Constitución contempla con la intervención del Congreso federal y de la propia provincia de cuyo territorio se trata. La realidad no es inmutable y el devenir social, político y económico de una nación debe prevenirse de la posibilidad de cambiar, porque ése puede ser tal vez el mejor reaseguro de su continuidad: por ese mismo motivo, la propia Constitución prevé su reforma en el art. 30 [710].

3. Confederación y Estado federal

La organización territorial del Estado hace a la relación del poder con el territorio. Las formas más extremas de esta relación son, por un lado, el Estado unitario y, por el otro, la confederación y el Estado federal (federalismo). A decir de Karl Loewestein, el Estado unitario es más proclive a las formas autocráticas de gobierno, en tanto supone una concentración del poder estatal en un mismo centro geográfico, en tanto que el federalismo supone una forma de control vertical sobre el poder. Bajo esta idea, la desconcentración territorial del poder estatal sería más proclive al funcionamiento del sistema democrático en tanto hay una participación más directa por parte de los habitantes en los problemas de su comunidad. En *La democracia en América*, Alexis de Tocqueville destacaba la importancia que en los Estados Unidos desempeñaba el municipio como escuela de democracia. En doctrina suele caracterizarse al Estado unitario como objeto de una fuerza centrípeta que tiende a centralizar todas las funciones del poder, en tanto que el federalismo suele caracterizarse como una fuerza de tendencia centrífuga que desconcentra las funciones, el límite máximo de la desconcentración es la confederación, donde existe, inclusive, separación de soberanías.

En su libro *Confederación y Estado federal*, el Dr. Alberto Antonio Spota describe con mucha precisión las características de la forma confederada y de la forma federal. En la confederación estamos ante estados soberanos que se unen bajo un pacto para asegurarse la defensa común y el otorgamiento de ciertas ventajas y beneficios. El órgano supremo es la dieta o asamblea de la confederación y cada Estado, como soberano que es, se reserva los derechos de secesión y de nulificación. En la federación, en cambio, hay un solo Estado soberano, aunque dentro de éste existan varios estados autónomos facultados para darse sus propias normas; el origen del

[710] MERCADO LUNA, Ricardo, *Derecho constitucional provincial. Aportes para su formulación*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires.

poder constituyente está en el pueblo de los estados miembros que delegan facultades en el gobierno federal, el acuerdo originario se basa en el compromiso a cumplirlo y a someterse a la voluntad general por parte de sus miembros. No hay derecho de secesión ni de nulificación. Mientras el pacto que une a la confederación tiene el carácter de tratado internacional, el acuerdo de la federación se denomina "Constitución".

El federalismo clásico, tal cual se lo conoce en la doctrina constitucional, tiene su modelo en la Constitución norteamericana de 1787. Hasta entonces había allí una confederación de estados independientes que manifiestan su voluntad de unirse "...para constituir una unión más perfecta..."; nace el nuevo estado entre las pujas de quienes defendían las prerrogativas propias de los Estados miembros y de quienes pretendían reformar los poderes del gobierno central de la Unión. Los primeros eran los republicanos, entre quienes destacaba Jefferson; los segundos eran los llamados federalistas, entre los cuales se hacían notar Hamilton y Madison. Es de notar que el federalismo originario ha ido cediendo poco a poco hacia un centralismo cada vez más acentuado; el proceso norteamericano se va acentuando en ese sentido con la guerra de secesión entre el norte y el sur y con el afianzamiento y la preeminencia de la figura presidencial.

El citado Karl Loewenstein destaca ese proceso de centralización del federalismo señalando que éste es favorecido por el desarrollo tecnológico y las cuestiones cada vez más complejas que debe ir asumiendo el gobierno central. Al mismo tiempo, los partidos políticos suelen estructurarse en partidos federales que obedecen a un mando centralizado, siendo muy raras las ocasiones de partidos regionales con verdadera representación. Éste es un dato de la realidad política que da por tierra con el ideal del federalismo como distribución del poder, la realidad política suele centralizar las intenciones federales de las constituciones..Así ha ocurrido con el constitucionalismo latinoamericano, donde la preeminencia de algún Estado es tan fuerte que absorbe bajo su poder a los demás. Otro ejemplo clásico de federalismo es Alemania, donde también se da una fuerte actuación del Ejecutivo centralizado en la figura del canciller y en una preeminencia del *Bundestag* sobre el *Bundesrat*.

Una de las características del Estado federal suele ser la preexistencia de soberanía en los Estados miembros que a través de la Constitución delegaron facultades en el Estado central. Desde ese punto de vista, no son federales los sistemas de Canadá y Sudáfrica, toda vez que enumeran una lista de derechos propios de las provincias o Estados miembros, quedando a favor del Estado central los poderes residuales. El caso español es de igual naturaleza. Se trata de sistemas que parten de un clara base unitaria, sin perjuicio de lo cual se manifiestan algunas conveniencias, como la que resulta de que todas las nuevas materias que se incorporan por efecto de las tecnolo-

gías corresponderán al Estado central, que es quien está más preparado para asumirlas. El caso contrario daría lugar a constantes reformas constitucionales, como ha ocurrido en Suiza.

4. El federalismo argentino

La forma de Estado federal declarada en el art. 1°, CN, responde a una relación poder-territorio referida a la manera en que la capacidad de gobierno y de coacción del Estado se distribuye en la geografía nacional por intermedio de una asignación definida de competencias.

Así como en materia de derechos y libertades públicas el principio ordenador se encuentra en la última parte del art. 19; en el ámbito orgánico de la asignación de competencias territoriales se encuentra en el art. 121 (ex 104) que, siguiendo a la enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos, dispone que las provincias conservan todos los poderes que no han delegado expresamente en el gobierno federal.

La referencia a la Constitución estadounidense tiene relevancia 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 unión perpetua y los artículos de la confederación hacia un Estado federal. En el campo tributario, la organización del federalismo norteamericano se basó en un sistema de separación de fuentes tributarias con fuertes facultades por parte de los Estados que fueron muy celosos de resignar poderes a la Unión.

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. El conflicto civil del siglo XIX puede también ser descripto como el enfrentamiento entre un modelo de valores tradicionales enfrentado a una propuesta de progreso ilustrado de connotaciones asambleístas.

Con razón se ha dicho que el Pacto Federal de 1831 no reflejó exactamente un modelo confederal, toda vez que el lenguaje o la denominación de "provincias" no representaba la idea de estados soberanos que, en realidad, se habían unido en derredor del liderazgo ejercido por Juan Manuel de Rosas quien detentaba el encargo de las relaciones exteriores por delegación de los gobernadores de las provincias al gobernador de la provincia de Buenos Aires. En materia fiscal, las ordenanzas de Aduanas sancionadas por el gobierno de Rosas constituían, junto a los empréstitos, la columna vertebral del precario orden financiero confederal [711].

Después de Caseros se adoptó la fórmula federal propuesta por Echeverría y por Alberdi como "transacción" entre las tendencias en pugna. Fue desde el inicio un federalismo concentrado, hecho a la medida de Justo José de Urquiza como jefe "supremo" de la Nación. El Congreso se reservaba la facultad de revisar las constituciones provinciales y de promover el juicio político a los gobernadores, medidas que fueron anuladas en la reforma de 1860 agregándose algunos elementos de mayor autonomía provincial como consecuencia de las concesiones realizadas a la provincia de Buenos Aires con motivo de su incorporación a la Nación unificada.

La comparación con el modelo federal de los Estados Unidos sirve para demostrar que, más allá de la forma de Estado adoptada (confederación, federación o modelo unitario), dentro de cada una de ellas pueden existir diferencias de grado hacia una mayor o menor concentración o centralización de funciones. En ese sentido, el federalismo de la Argentina y el federalismo de los Estados Unidos se diferencia por sus distintos niveles o grados de descentralización.

Algunas de esas diferencias se encuentran por ejemplo en la facultad de legislar sobre el derecho común o de fondo que allá compete a los Estados en tanto que en nuestro país es una atribución del Congreso (conf. art. 75, inc. 12) y en la facultad que tiene el Congreso de intervenir una o más provincias para asegurar la paz interior (art. 6, CN).

El federalismo argentino es un federalismo centralizado desde sus inicios y que fue adquiriendo un carácter cada vez más centralista con el transcurso del tiempo y el desarrollo de los acontecimientos históricos y políticos; algunos rasgos de nuestro sistema institucional contribuyeron a que ello ocurriera, como el carácter hegemónico de nuestro modelo presidencialista, el carácter nacional de los principales partidos políticos y el frecuente abuso de recurrir a las medidas de emergencia como el estado de sitio y la antes mencionada intervención federal, rasgos que contribuyeron —aún más— a las reiteradas "emergencias" en lo económico social.

Todos estos rasgos confluyen para que se afirme que nuestro sistema conforma en realidad un "unitarismo solapado" [712]. A la enunciación del párrafo anterior deberíamos agregar las consecuencias negativas de las frecuentes interrupciones constitucionales por golpes de Estado y gobiernos *de facto* que recurrieron a estilos de gobiernos centralizados con una directa dependencia de las provincias al Poder central en estructuras de carácter jerár-

711 Véase CARMAGNANI, Marcelo (coord.), *Federalismos...*, cit.

712 BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual...*, cit., t. I.

quico. El sistema federal fiscal se fue centralizando también con el correr de esos acontecimientos y pasó de ser un efecto a convertirse en una de las principales causas de nuestras tendencias cada vez más centralistas. Los denominados sistemas de "coparticipación federal" han ocupado un papel protagónico en esta historia del federalismo argentino.

En rigor de verdad, la vigencia plena del federalismo dependió de la existencia de determinadas y ocasionales circunstancias políticas que lo favorecieran. Las primeras presidencias se vieron signadas por el esfuerzo de consolidar la Nación donde la fortaleza del Partido Autonomista de la provincia de Buenos Aires liderado por Adolfo Alsina y figuras de la talla de Leandro N. Alem sostuvo principios federales que llevaron a la lucha armada por la capitalización de Buenos Aires.

Fue la conformación de un orden conservador, a partir del Partido Autonomista Nacional que encontró en el general Roca a una figura del interior del país con la capacidad para liderarlo, la que consiguió establecer una alianza de permanencia entre los gobernadores de las provincias del interior que duraría hasta su derrota en las urnas en favor de un gobierno popular en 1916.

Ese orden conservador, con sus características propias de exclusión social y de fraude electoral, sostuvo un sistema caudillesco de diálogo y acuerdo frecuente entre los gobernadores provinciales y el gobierno central que balancearon el poder anterior de provincia de Buenos Aires, dando lugar a un período que podríamos calificar de "federalismo ilustrado".

A partir de la presidencia de Hipólito Yrigoyen, las necesidades de una política social que incorporara a la masa de inmigrantes y superara las desigualdades contribuyó al crecimiento del aparato estatal y a una conducción más centralista de la política que se vio reflejada en las frecuentes intervenciones federales destinadas a socavar los levantamientos conservadores en los bastiones provinciales.

Las tensiones centralistas y anticentralistas se encuentran en el juego de las mismas instituciones diseñadas por la Constitución, que establece el principio de la delegación de competencias originaria desde la periferia hacia el centro (art. 121) pero que al mismo tiempo se preocupó por el fortalecimiento del Estado central a quien había que dotar de las mayores facultades que fuera posible, conforme lo aconsejaba Alberdi en las *Bases* para quien había que fortalecer al Ejecutivo y al gobierno central a través de las rentas, porque sin rentas no habría ni gobierno ni Nación.

5. Fortalecimiento del federalismo

Una cuestión previa es determinar si cabe relacionar el tema de los valores con determinada forma de Estado; de tal modo que pueda plantearse si los valores de una determinada comunidad serán distintos ya sea que la misma decida adoptar una forma de organización territorial unitaria o federal.

¿Es correcto el planteo? O más bien deberíamos responder que el plano axiológico se refiere siempre a los objetivos (*telos*) que una determinada comunidad política pretende alcanzar y que para ello existe un margen de selección razonable en cuanto a los medios y procedimientos instrumentales que se consideren más adecuados para alcanzar esos valores y tornarlos vigentes, y sin que la selección de una u otra forma de estado implique una "deslegitimación" en términos de una teoría de la democracia y —aun— desde una teoría de la Constitución.

¿Podemos decir que una sociedad determinada será más libre, igualitaria o más solidaria porque haya adoptado una forma de estado unitaria o federal? Una respuesta posible sería que la adopción del sistema territorial de gobierno o la manera en que el poder se encuentra distribuido en el territorio dependerá, en su caso, de la propia dimensión del territorio nacional, de la tradición constitucional, de la cultura y las prácticas precedentes, sin que por ello sea puesta en duda la cuestión de los valores.

Lo contrario supondría admitir, desde una perspectiva comparatista, que los países federales como Estados Unidos, Canadá, Australia, Argentina, Brasil, México o Alemania son necesariamente más libres, iguales, justos y solidarios que los países unitarios como Inglaterra, Francia, España, Uruguay, Suecia, Dinamarca, Holanda, Bélgica, Chile, Austria, etc.

En ese sentido, y como surge de una primera apreciación, el método comparado no arrojará resultados apreciables en términos de ventaja para los estados federales o unitarios: la realización de los valores dependerá del buen o mal funcionamiento del Estado de Derecho en su totalidad y no necesariamente de la forma territorial adoptada. La regla clásica del Estado de Derecho nos requiere de división de poderes y de garantías a la libertad individual pero no necesariamente explicita cómo debería organizarse el territorio [713].

A ese dato debe también agregarse la observación en cuanto a que no puede hacerse, en la actual realidad, una división "tajante" entre estados unitarios y federales como si fueran dos compartimentos estancos u opuestos. Si aceptamos que la nota distintiva está dada por la concentración o distribución del poder en el territorio, comprobaremos que pueden verificarse distintos grados de descentralización, tanto en uno como en otro modelo.

Puede de ese modo señalarse que el federalismo argentino representa un ejemplo de alta concentración frente a otros casos como el del Brasil que exhibe mayor autonomía de estados y municipios. La misma observación podría referirse en el ámbito de los países unitarios observándose mayor descentralización en Italia y España que en el modelo francés, como conse-

[713] Véase la Declaración XVI de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la República francesa.

cuencia de la adopción de modelos de región consagrados en estatutos de autonomía [714].

Resulta un dato interesante para destacar en ese sentido, que el mismo paradigma del federalismo, representado por el modelo adoptado en la Constitución norteamericana de 1787, respondió a un proceso de concentración en lo político y en lo económico, destinado a conformar una "unión más perfecta" a partir de estados preexistentes y un solo mercado en lo económico.

La comparación de nuestro sistema federal con su fuente o modelo, el estadounidense, sirve para demostrar que el federalismo de la Argentina y el federalismo de los Estados Unidos se distinguen por diferentes niveles o grados de descentralización y que en gran medida se explican por sus antecedentes [715].

También la comparación permite advertir que las cosas fueron muy diferentes en nuestro país. Nuestros "federales" más bien abogaban por una confederación y las luchas civiles con los "unitarios" representaron más bien una disputa antigua y perenne entre Buenos Aires y las provincias que una discusión técnica sobre la forma de gobierno.

La adopción del federalismo como forma de organización territorial del Estado fue tomada del modelo estadounidense como un intento sintetizador surgido de la pluma de Esteban Echeverría y reproducido por Alberdi en su Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata. En ese contexto, bien puede decirse que en su etapa fundacional, los valores del federalismo argentino se identificaron con los grandes objetivos preambulares de constituir la unión nacional y de consolidar la paz interior como bases esenciales de la convivencia organizada.

Por su parte, los primeros teóricos del federalismo desde la emancipación, que fueron José Gervasio Artigas y Manuel Dorrego, pusieron el acento en el principio de autodeterminación de los pueblos y en la soberanía popular, como antecedentes primarios de la autonomía. A estos primeros valores que se fundieron en los orígenes de nuestro país federal, cabría agregar que en la mencionada síntesis fundacional confluyeron valores de orden religioso-tradicional sostenido por las autonomías provinciales y valores de progreso e ilustración en la vertiente emancipadora ilustrada e iluminista del Plata.

Algunas notas de nuestro sistema institucional contribuyeron a la centralización, como el rasgo hegemónico del presidencialismo, el carácter nacional de los principales partidos políticos y el frecuente recurrir a medidas

[714] Una explicación sobre los estados regionales puede verse en nuestro trabajo titulado "Las Comunidades Autónomas en la Constitución española de 1978", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

[715] CARMAGNANI, Marcelo (coord.), *Federalismos...*, cit.

como el estado de sitio o la intervención federal, característica a la que contribuyeron, aún más, las reiteradas emergencias en lo económico y social [716].

Frente a esa tendencia centralista ha surgido en nuestro medio una fuerte concepción del federalismo como valor en sí mismo. Este corrimiento del concepto desde un carácter instrumental hacia una consideración finalista tiene un alto contenido reivindicativo y ha llevado a sostenerse un "redescubrimiento" o "refundación del federalismo" que se sustenta en un conjunto de principios legitimadores como subsidiariedad, cooperación, mediación, participación, convergencia, sistema, eticidad, justicia, razonabilidad, equidad, etc. [717].

La revalorización tiene un punto de partida inicial que es considerar al federalismo un valor en sí mismo como modelo de vida social y de organización política. Desde la teoría constitucional se ha afirmado que el modelo de estado unitario es más proclive a las formas autocráticas de gobierno en tanto supone concentración del poder estatal en un mismo centro geográfico, en tanto que el federalismo supone una forma de control "vertical" sobre el poder.

Bajo esta idea, la desconcentración territorial del poder estatal, como el modelo de estado federal, sería más proclive al funcionamiento del sistema democrático en tanto hay una participación más directa por parte de los habitantes en los problemas de su comunidad [718].

Los individuos y los grupos adquieren la sensación de ser sujetos significativos de la Constitución de su propio destino, aunque no sean los únicos. Esto se revela a la luz de investigaciones empíricas como una cuestión muy importante: la autoconfianza colectiva es un recurso psicosocial de enorme valor.

Se destacan el valor solidaridad y el autogobierno; es decir, el modelo social básico que sorprendiera a Alexis de Tocqueville cuando siendo un funcionario francés de prisiones realizara un viaje a América del Norte para estudiar el sistema penitenciario y terminara admirándose de las nuevas instituciones democráticas. El joven De Tocqueville destacará a los municipios, iglesias y comunidades locales de base como el verdadero sustento de la joven democracia norteamericana [719].

Esta línea de redescubrimiento, revalorización o reafirmación del federalismo encuentra fuertes fundamentos en la línea doctrinaria del federalis-

[716] NINO, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Grijalbo, Barcelona, 1997.

[717] CASTELLS, Alberto, "El federalismo concertado de Pedro José Frías", estudio preliminar a FRÍAS, Pedro J., *El proceso federal argentino*, t. II, Córdoba, 1998.

[718] LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría...*, cit.

[719] TOCQUEVILLE, A. de, *La democracia...*, cit.

mo de cooperación que entre nosotros tiene al profesor Pedro J. Frías como principal exponente.

Se destacan asimismo las valiosas obras de Antonio María Hernández en materia de derecho municipal y entre otros importantes aportes se destaca la obra del Dr. Jorge Reinaldo Vanossi titulada *Situación actual del federalismo* y los trabajos del Dr. Néstor Losa, Alberto Zarza Mensaque, María Celia Castorina de Tarquini, Pablo María Garat, Jorge Rougés y Raúl Heredia entre otros muchos y muy importantes aportes de la doctrina jurídica nacional [720].

El federalismo de cooperación se opone a la versión clásica original del federalismo de confrontación donde las unidades políticas territoriales, especialmente el estado federal y las provincias aparecen enfrentadas y en competencia a fin de asegurar el control recíproco garantizando los derechos individuales de los habitantes. De algún modo, podría decirse que ése es el fundamento federalista expresado por Hamilton, Madison y Jay en sus célebres artículos [721].

Según el interesante estudio realizado por Chiaramonte, el federalismo clásico funcionó muy poco tiempo en la Argentina, en términos reales. A poco de lograda la organización nacional, el predominio político del Partido Autonomista generó el espejismo de una continuidad del partido federal, pero en realidad conformó un predominio porteño en las tres presidencias "históricas" de Mitre, Sarmiento y Avellaneda. Se dará la paradoja que la formación del orden conservador del roquismo con el Partido Autonomista Nacional establecerá acuerdos permanentes entre el gobierno federal y los caudillos conservadores que gobernaban las provincias y las representaban en el Congreso como senadores.

A juicio del autor citado, fue este pacto conservador el que coincidió con el período más verdaderamente federal en la versión originaria, aunque huelga decir que ese orden oligárquico realizó un federalismo de dominación de las clases altas sobre las clases sociales más bajas y una evidente desigualdad entre provincias "ricas" y provincias "pobres" [722].

El federalismo de cooperación, por el contrario, acude a la concertación y al diálogo cooperativo entre las jurisdicciones territoriales, defendiendo el valor contractual de las leyes convenio como instrumentos jurídicos adecuados a la finalidad perseguida de refundar el federalismo. La

[720] FRÍAS, Pedro J., *Derecho público...*, cit.; HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, Depalma, Buenos Aires; VANOSSI, Jorge R. A., *Situación actual del federalismo*, Depalma, Buenos Aires, 1964.

[721] HAMILTON - MADISON - JAY, *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México.

[722] CHIARAMONTE, Alfredo, véase el capítulo correspondiente al federalismo fundacional argentino en CARMAGNANI, Marcelo (coord.), *Federalismos...*, cit.

solidaridad y el principio de subsidiariedad juegan un rol principalísimo, toda vez que, para Frías, este último constituye una expresión del pensamiento cristiano que manda al Estado realizar sólo aquello que no pueden hacer las unidades políticas más pequeñas y cercanas a los ciudadanos [723].

Esta corriente doctrinaria se fue abriendo camino en nuestro derecho público provincial en dos importantes "oleadas", la primera en las constituciones de las "nuevas provincias" formadas a partir de 1957 y —especialmente— la segunda a partir de la recuperación democrática en 1983, donde el federalismo y las reinvidicaciones sobre la autonomía municipal encontraron antecedente y fundamento en la Constitución de Santa Fe de 1924, inspirada por Lisandro de la Torre y en el avance de la jurisprudencia donde algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fueron abriendo el sendero en materia de tránsito y comercio interjurisdiccional, de establecimientos de utilidad nacional, de dominio y jurisdicción sobre los recursos naturales y autonomía de los municipios entre otros importantes temas federales.

6. La reforma constitucional de 1994

Ese proceso de afirmación del federalismo, impulsado por el cambio conceptual hacia el *federalismo cooperativo* se ve plasmado en la reforma constitucional de 1994 que tuvo entre sus objetivos el *"fortalecimiento del federalismo"*, y en las reformas provinciales que acompañaron a ésta [724].

De ese modo, puede sintetizarse el nuevo contenido de la organización federal en la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994:

1) Se reconoció a los municipios el derecho a la *autonomía* precisando que ella abarca los aspectos institucionales, políticos, administrativos, económicos y financieros, estableciendo que el alcance y contenido de dicha autonomía sería reglado por las constituciones provinciales.

2) Se ha incorporado formalmente a la ciudad de Buenos Aires como sujeto de las relaciones del régimen federal. Goza de una autonomía de grado superior a la municipal (puesto que sólo resulta limitada por la Constitución Nacional) pero distinta de la de las provincias, en razón de la reserva de competencias del gobierno federal en su territorio, mientras éste sea el de la capital de la Nación.

3) Por el art. 124, CN, se estableció que "...las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos para el cumplimiento de sus fines".

[723] FRÍAS, Pedro J., "Las relaciones federales y sus nuevos escenarios", en *El proceso...*, cit., p. 74.

[724] Véase la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional.

4) El mismo art. 124 introducido en la Constitución Nacional por la reforma de 1994 reconoce la tendencia afianzada en la legislación y jurisprudencia acerca del dominio originario y exclusivo sobre los recursos naturales de sus territorios. Se trata de otra ratificación sobre los poderes no delegados por las provincias a la Nación y que, por ende, tiene fundamento en el principio de reparto del art. 121 que sigue similares lineamientos a los de la enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos.

5) Por el art. 75, inc. 24, la reforma ha introducido una cláusula destinada especialmente a reglar las relaciones de la Nación con los países vecinos en el marco de los procesos de integración. No menos importante resulta en ese sentido la cláusula del propio art. 124, CN, que permite a las provincias "...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 de la Nación".

6) En el caso del inc. 19 del art. 75 se ha incorporado un nuevo mandato que antes se encontraba implícito en el texto constitucional, se dice allí que, "Corresponde al 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. Para estas iniciativas el Senado será Cámara de origen".

7) Esa disposición hace referencia directa a otra anterior, la del inc. 2° del mismo art. 75, donde se establece que la distribución de los recursos que formen la masa del sistema de coparticipación "...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...".

8) Por último, la reforma recoge la importante evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de facultades de las provincias en los establecimientos de utilidad nacional sitos dentro de su territorio. Así es como se ha modificado el antiguo art. 67, inc. 27, actual art. 75, inc. 30, para precisar el alcance de la facultad exclusiva de legislación del gobierno federal en tales sitios, determinándose 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..." [725].

A pesar de la bondad de las normas constitucionales, en la práctica continúa observándose una gran concentración que se manifiesta particularmente en el sistema financiero como consecuencia de la gran cantidad de

[725] Para esta enumeración, y sin perjuicio de las modificaciones que nos son propias, hemos seguido el trabajo realizado por el Dr. Pablo María Garat sobre Coparticipación Federal en el Consejo Federal de Inversiones (CFI) 1998.

servicios, gastos y funciones que el Estado federal transfirió a las provincias en los últimos años sin la contrapartida presupuestaria.

En rigor no corresponde hablar de "transferencias" en el marco de un sistema de coparticipación en un estado federal en el que se reintegra el producido de impuestos cuya titularidad corresponde a quien recibe la "transferencia", ni mucho menos en el pago de regalías energéticas o de recursos naturales propios; sin embargo, es frecuente en la literatura especializada recurrir a esa denominación atento a que las mismas revisten un contenido redistributivo en un sistema de solidaridad y equidad fiscal.

Desde principios de los años '80 se inició un traspaso hacia las provincias de funciones vinculadas al área social. En 1991 el 48% del gasto total correspondió al gobierno federal, 39,5% a los gobiernos provinciales y 11,5% a los gobiernos municipales. En cambio, los ingresos fueron de 82%, 14% y 4,1% respectivamente [726].

La Nación y las provincias tienen facultades concurrentes en materia de impuestos indirectos; sin embargo en la práctica el Estado federal legisla y recolecta los tributos de mayor potencial recaudatorio, acentuándose un desequilibrio en la asignación de ingresos.

En tal sentido, fue una cuenta pendiente de la reforma constitucional no revisar el sistema básico de atribuciones antes de avocarse a incorporar la coparticipación que, por el contrario, puede convertirse en un factor de centralización fiscal, como lo ha demostrado nuestra práctica y como amenaza el inc. 3° del art. 75, CN.

Esta situación, sumada a la frecuente renuencia o condicionamiento del Estado central a "transferir" fondos que en rigor de verdad son propios de las provincias ha llevado a decir a algunos autores que después de la etapa del federalismo "de confrontación" y del "federalismo de cooperación" ha sobrevenido un "federalismo de extorsión" [727].

Es por eso que a esta altura de la exposición referida a los valores subyacentes en el sistema federal de Estado, nos parece muy importante realizar una distinción —o advertencia— respecto de las motivaciones que fundamentan los procesos o programas de "descentralización" recomendados con insistencia en numerosos documentos internacionales que pregonan una suerte de descentralización globalizada.

Es así que la "descentralización" se plantea desde organismos como el Banco Mundial o el Programa de las Naciones Unidas para el Desarro-

[726] CEPAL, "Descentralización fiscal en América latina. Un análisis comparativo", 1998, p. 118.

[727] BOISIER, Sergio, ponencia presentada para el programa de descentralización en Venezuela, PNUD, marzo de 1998.

llo, como un capítulo de la reforma del Estado a operarse en los países de la región [728].

Las propuestas se fundamentan en el principio liberal de subsidiariedad del Estado, que propugna que debe delegarse a la iniciativa de los individuos y comunidades pequeñas todo aquello que las mismas puedan realizar, limitándose el Estado a intervenir en aquellos rubros que los primeros no asumen.

En ese sentido, también la descentralización territorial aparece como uno de los principios fundamentales de Constitución de la Unión Europea, que tiene por objetivo la conformación de una sola unidad económica regida por el principio de subsidiariedad. Los teóricos de la descentralización así entendida, ponen el acento en la idea de eficiencia como valor esencial, de manera que al transferir el Estado la prestación de bienes y servicios a comunidades menores, se reduce la dimensión estatal y se favorecen los procesos de transferencia hacia el sector privado por el camino de la inmediatez.

El objetivo de un Estado menos burocrático y más eficiente aparece acompañado de la idea de acercar gastos y recursos a ciudadanos y contribuyentes favoreciendo la inmediatez y el control. En particular, la descentralización fiscal puede mejorar la eficiencia en la asignación de recursos en el sector público "al permitir una estrecha correspondencia entre los servicios públicos y la multiplicidad de preferencias individuales, y promover la responsabilidad y la equidad mediante una vinculación clara de los beneficios de los servicios y sus costos", según lo destaca el informe del Banco Mundial de 1988 [729].

El acercamiento de los usuarios y consumidores con los prestadores de los servicios favorece, a su tiempo, los mecanismos de control sobre los mismos. Para esta concepción, los únicos bienes y servicios que no cabe transferir desde los niveles o instancias superiores a las subnacionales son aquellos bienes y servicios que resultan indivisibles desde el punto de vista macroeconómico, como la política exterior, la defensa o la política monetaria.

El manejo de la política macroeconómica por parte del gobierno central, con miras a lograr la estabilidad del empleo, la producción y los precios se encuentra justificado por las propias distorsiones que podrían resultar de un criterio inverso, como sería el caso en que los propios Estados o provincias pudieran emitir moneda, dando lugar a graves riesgos de emisión inflacionaria.

Otro tema relevante sería la defensa del mercado interior que también competiría al gobierno central, asegurando la asignación eficiente de los recursos y evitando que se produzca una "guerra fiscal" entre las distintas jurisdicciones a través de impuestos o desgravaciones destinadas a atraer la radicación de capitales.

[728] BANCO MUNDIAL, "El Estado en un mundo en transformación", Informe sobre Desarrollo Mundial 1997, CEPAL/GTZ, "Descentralización fiscal en América latina", Nuevos desafíos y Krausejunk.

[729] BANCO MUNDIAL, "Informe 1988", ps. 182 y 183.

En ese sentido es menester recordar que más allá de la adopción de la forma federal de Estado, la Argentina, siguiendo a la Constitución de los Estados Unidos conformó el territorio nacional como un solo mercado, diseñando todo un modelo al respecto que incluyó la libre circulación interior de bienes y mercaderías y autorizando sólo la existencia de las aduanas nacionales (arts. 9°, 10 y 11, CN).

Estas concepciones tan en boga y que parten de la premisa del mercado como primer asignador y distribuidor eficiente, corren el riesgo de quedar a mitad de camino si no se atiende a las peculiaridades político-institucionales y —aún más— a los valores subyacentes en el ámbito de cada comunidad política y jurídicamente organizada.

De tal modo que la descentralización, sin perjuicio de las ventajas que supone, aparece como un proceso más claro en los estados unitarios o altamente concentrados en materia de decisión política y que resuelven "delegar" funciones en las instancias subnacionales.

En los países federales como la Argentina, se trata más bien de reconocer poder de decisión a las provincias y municipios, recogiendo toda una tendencia y evolución del derecho público provincial. Tener clara esa diferencia hará que no se distorsionen los principios incorporados a la ley fundamental.

Un caso paradigmático en tal sentido, lo constituye la posibilidad de crear regiones para el desarrollo económico y social contemplada en el art. 124 y que recoge una tendencia genuina y espontánea en sentido ascendente desde las propias unidades políticas preexistentes, de modo tal que algunas regiones como el NOA, el NEA, la región patagónica, etc., han ido adquiriendo una identidad que muchas veces se traduce en la gestión de intereses comunes y en una prioridad de los temas regionales por sobre los intereses partidarios en los mismos debates parlamentarios.

Sin embargo, algunos proyectos elaborados centralmente desde el Poder Ejecutivo nacional han escondido la pretensión de "sucursalizar" el país a partir de la creación de regiones en un movimiento inverso de centralización, apoyándose en argumentos de racionalidad del gasto público alentados por los organismos internacionales de crédito.

La tensión entre argumentos "descentralizadores" que esconden prejuicios centralistas frente a verdaderas reivindicaciones federalistas se observa también en otros temas, como el sistema de reparto en el régimen de coparticipación federal, sobre todo en orden a lo dispuesto en el inc. 3° del art. 75. Otro tanto podría señalarse respecto del régimen municipal, toda vez que, si bien la Constitución consagra un amplio concepto de "autonomía",

lo cierto es que al remitirse el art. 123 a lo dispuesto en cada Constitución de provincia (arts. 5° y 123, CN), muchas veces se ha postergado la real implementación de la reforma, constituyéndolas en verdaderas expresiones de deseos.

La consolidación de un federalismo solidario y eficiente debe visualizar la descentralización como una tendencia instrumental que favorece la autogestión y el autogobierno, pero sin perder de vista que sólo el federalismo responderá a una concepción auténtica y fortalecida si se origina en la misma base de la convivencia social y en las unidades políticas que lo sustentan.

El federalismo argentino es en la actualidad más complejo que en el pasado. A la división constitucional clásica entre Estado federal y provincias, debe ahora agregarse la Ciudad de Buenos Aires (art. 129) que tiene más jerarquía que los municipios pero algo menos que una provincia y los municipios que tienen autonomía (art. 123) aun cuando el grado de su extensión depende la Constitución de cada provincia (conf. art. 5°, CN). A estos cuatro niveles cabe agregar la posibilidad de conformar regiones para el desarrollo económico y social, a las que nos hemos referido anteriormente y que no conforman unidades políticas.

Cuál será la fisonomía que en definitiva adquirirá nuestro régimen federal dependerá en gran parte del grado de espontaneidad con que se consoliden los niveles de gobierno ya indicados. Cabe recordar que el grado de autonomía dependerá, en definitiva, de la voluntad política de la ciudadanía en ejercerla y asumirla. En una democracia participativa es esperable que la tendencia se manifieste de modo creciente.

Finalmente, un nuevo federalismo fundado en la solidaridad será un marco de garantías más adecuado para preservar los denominados nuevos derechos o derechos de tercera generación. Así como los derechos de primera generación se fundaron en la libertad como valor, los de segunda generación lo hicieron en la igualdad y los de tercera generación lo hacen en la solidaridad. Son, en definitiva, derechos de la participación, y en esto coinciden con la nueva visión de nuestro federalismo.

7. La autonomía municipal

La reforma constitucional de 1994 consagró la autonomía municipal como un principio, afirmando así una tendencia que venía desarrollándose en el derecho público provincial desde hacía ya muchos años.

La Constitución histórica sólo establecía la división "vertical" de competencias entre el Estado federal y las provincias conforme surge del art. 121 (ex 104) y por el art. 5° estableció la obligación de cada provincia de dictar una Constitución que, entre otras cosas, asegurase su régimen municipal. Sin embargo, en un comienzo se consideró que solamente las provincias eran autónomas en tanto que los municipios sólo eran autárquicos; es decir

que si bien tenían autogobierno local, no podían darse sus propias normas, sino que las mismas emanaban de la autoridad municipal a través de las respectivas leyes orgánicas municipales. Así, algunos autores como Bielsa, sostenían que las funciones del municipio eran meramente locales y de administración destinadas al mantenimiento del égido urbano o rural municipal y no a las funciones estrictamente políticas.

Sin embargo se fue dando cada vez más una tendencia hacia la autogestión de los asuntos públicos y una creciente expansión del federalismo cooperativo que llevó a que la autonomía municipal fuera muy tempranamente contemplada en la Constitución de la provincia de Santa Fe de 1921 impulsada por Lisandro de la Torre. Claro está que tal autonomía era concedida por el constituyente provincial en los términos del art. 5°, CN, y no por la Constitución federal.

La tendencia hacia la autonomía municipal se incrementó con la aparición de lo que en su momento se llamaron las "nuevas provincias" a partir de la reforma constitucional de 1957. Varios territorios nacionales se convirtieron en provincias y las nuevas constituciones adoptaron las tendencias imperantes en el derecho comparado a favor de una mayor autonomía de los municipios. Eso se justificaba ampliamente en la práctica en el caso de algunas provincias, como las patagónicas donde cada municipio conforma un núcleo urbano muy separado del resto, fue así que, por ejemplo, la Constitución del Chubut aseguró una distribución de competencias tributarias muy importantes para los municipios si se comparaban con lo que ocurría en el régimen municipal a nivel general.

A partir de 1983, con la recuperación de la democracia en nuestro país se acentuó ese proceso y la mayoría de las nuevas constituciones que se fueron sancionando adoptaron como principio la autonomía de los municipios, inclusive en el orden financiero. Algunas provincias distinguen a los municipios por grados de acuerdo con su cantidad de población, de modo que existen municipios de primer, segundo y tercer grados respectivamente, y la autonomía se regula según ese criterio.

Antes de la reforma constitucional de 1994 fue determinante el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Ángela Rivademar v. Municipalidad de Rosario" que consagró la plena autonomía municipal. Ese hecho más la tendencia del derecho público provincial fueron determinantes para que la autonomía fuera uno de los mandatos que el legislador le diera a los convencionales constituyentes en el art. 3°, ley 24.309, con el fin de "fortalecer el federalismo".

A partir de la reforma, el régimen municipal que la Constitución exige en el art. 5°, debe asegurar la autonomía de los municipios; aunque el alcance de tal autonomía corresponde que sea fijado por cada una de las constituciones provinciales, en tanto los municipios argentinos, como sujetos de

derecho público, nacen de las respectivas constituciones provinciales que determinan su régimen municipal. De allí surge que las constituciones provinciales que no aseguran la autonomía municipal deberán acatar ese principio en la oportunidad de su reforma.

A partir de la reforma de 1994, se ha pasado en el país desde la existencia de dos órdenes o jerarquías de sujetos de derecho público (nación y provincias) a cuatro órdenes de gobierno que actualmente son: Estado federal, provincias, ciudad de Buenos Aires (no es provincia ni municipio sino que ocupa un nivel intermedio conf. art. 129) y municipios (art. 123).

CAPÍTULO XXIV

EL FEDERALISMO COOPERATIVO

1. El regionalismo

Existen fuertes razones que impulsan el desarrollo del regionalismo. Una de esas razones es histórica, entendiendo por historia no sólo la existencia anterior de comunidades o pueblos con autonomía o independencia, sino también la cristalización de una cultura o identidad propia a través del tiempo. El profesor Tomás Ramón Fernández ha destacado en España la importancia que tiene la crisis de la idea Estado-Nación en los viejos estados europeos, lo cual ha promovido la diversidad pluralista de los pueblos existentes en Francia, Bélgica, Gran Bretaña, Italia y España.

Señala el citado profesor que esa idea de pluralidad en los pueblos con características propias que integran los viejos Estados de Europa no debe caer en el mito del federalismo, el cual atraviesa una crisis desde el punto de vista de las ideas que antes expusimos, ni en el mito de la autodeterminación de los pueblos, tan proclamada en las declaraciones internacionales pero que tiene un sentido preciso en el derecho internacional, cual fue la de identificarla con los procesos de descolonización promovidos por las Naciones Unidas y con los sistemas de segregación de minorías dentro de los Estados.

Italia, después de la guerra, concibió un modelo de Estado regionalista, partiendo de la base del Estado unitario; en el cual se divide el país en regiones particularizadas, otorgando a algunas de ellas facultades propias, aun en cuanto a su política económica, tal el caso de Sicilia a la que se autoriza la concesión de patentes privadas para la explotación de hidrocarburos cuando la política energética es de resorte estatal. Estas concesiones particularizadas tendieron a frenar las tendencias separatistas de algunas regiones.

España, en la Constitución de 1978 ha consagrado el Estado autonomista, se trata de un modelo que podemos ubicar como intermedio entre el modelo del Estado regional italiano y los modelos de Estado federal, como Alemania o Estados Unidos; y que se basa en las siguientes características:

a) Hay un único poder constituyente que reposa en la voluntad del pueblo español.

b) Se parte de la previa existencia de un Estado unitario, por lo cual el poder único se distribuye en diversos poderes territoriales.

c) La autonomía es una cualidad transferida por el Estado originario (lo cual no excluye la participación de las comunidades autónomas en los órganos del Estado).

d) Hay una potestad normativa derivada, fundamentalmente en los respectivos estatutos. El ejercicio de esa potestad autonormativa debe realizarse de acuerdo con los procedimientos constitucionales.

e) Hay una primacía de la soberanía estatal sobre la autonomía, pudiendo en todo momento los órganos centrales del Estado incidir sobre los órganos autonómicos.

El art. 137, Constitución española, dice: "El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses".

El alcance de dicha autonomía ha sido fijado por el Tribunal Constitucional español en sentencia del 2/2/1981 (BOE 24/2/1981) dónde se dijo "...La autonomía no es soberana... cada organización territorial dotada de autonomía es una parte de un todo... en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de su unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2° de la Constitución...".

Los antecedentes del derecho comparado han ejercido una gran influencia en nuestra doctrina para la proposición de la incorporación a nuestro sistema político institucional. No hay duda, tampoco, de que la crisis actual de nuestro federalismo ha ejercido una notoria influencia en la adopción de tales posiciones. La formación de acuerdos regionales, como NOA y el NEA, sobre la base de regiones históricas viene también ejerciendo presión "desde abajo" para que esas tendencias se concreten. No menos parecida, aunque más lejanas en su institucionalización, aparecen regiones con profunda identidad geográfica, cultural e histórica como la Patagonia, Cuyo y la Mesopotamia.

En su trabajo *La región profunda. Conceptos para el Noroeste argentino*, el profesor Benito Carlos Garzón propone una definición del concepto de Región en los siguientes términos:

"...Puede decirse que hay dos modos de acceder al objeto Región. Uno de ellos es el análisis de la realidad física y tal vez el que más ha sido relevado por disciplinas como la geografía, que no en vano ha sido la primera, la economía después y la sociología con todas sus ramas específicas. El otro modo busca desentrañar otra realidad constituida por la conducta de los hombres y su hacer cultural a través del tiempo. Esta posesión pretende indagar el sentido del accionar de una formación social y por lo tanto requiere la prospección histórica. La vida de un pueblo a través del tiempo es una conexión de sentido que se actualiza en la realidad y cuya percepción nos dará la clave para afirmar su personalidad y tentar su proyección en un medio espacial determinado..." (colección "Temas", Asociación Cooperadora de la Facultad de Derecho de la Universidad del Tucumán, p. 12).

La "regionalización" del país, o mejor dicho, el reconocimiento jurídico institucional de las regiones fue objeto de distintos trabajos o propuestas: durante los años 1961 y 1962, el Consejo Federal de Inversiones y el Instituto Torcuato Di Tella realizaron estudios sobre la estructura económica regional del país, teniendo como objetivo básico el alcanzar una división del territorio en regiones económicas adecuadas para el análisis del comportamiento espacial de la economía y para la propuesta de un modelo que reflejase de manera interregional esas relaciones.

Ese trabajo determinó seis regiones polarizadas: Buenos Aires, Litoral, Centro, Cuyo, Noroeste y Valle de Río Negro. Los límites regionales no se correspondieron ni con los ámbitos provinciales ni con los departamentales, lo que dificultó la utilización de estas regiones como unidades operativas, toda vez que varias de ellas abarcaban distintas jurisdicciones políticas.

En el año 1963, el CFI público un documento denominado "Bases para el desarrollo regional argentino", en el que se utilizaba un criterio de región plan o de administración del desarrollo, adecuando los límites de las regiones a las divisiones departamentales. La subdivisión regional se basó en las conclusiones del análisis y en el diagnóstico de la economía regional argentina efectuada durante los años 1961 y 1962 ya mencionados, de lo que resultó la determinación de siete regiones: I. Patagonia; II. Comahue; III. Centro; IV. Cuyo; V. Noroeste; VI. Noreste y VII. Pampeana.

El gobierno militar de 1966 instrumentó el Sistema Nacional de Planeamiento y Acción para el Desarrollo, cuyos objetivos y finalidad fueron —entre otros— los de "determinar las políticas y estrategias directamente vinculadas al desarrollo nacional, formular los planes nacionales de largo y mediano plazo, los planes regionales y sectoriales, compatibilizarlos, coordinar su ejecución, y evaluar y controlar los esfuerzos nacionales para el desarrollo" (art. 2°, ley 16.964). Para la determinación de las regiones se utilizó el criterio de región plan respondiendo en general al esquema elaborado por el CFI en el año 1963, e introduciéndose como modificación más importante la delimitación de la región metropolitana de Buenos Aires, con lo que formaron finalmente ocho regiones.

En diciembre de 1977, el entonces Ministerio de Planeamiento de la Nación efectuó un requerimiento a las provincias para la concreción de una propuesta de regionalización espacial del país, presentando como recurso metodológico una hipótesis de trabajo que contemplaba la integración de siete regiones: NEA; NOA; Centro; Cuyo; Pampeana; Patagónica y Mar Argentino.

También se han llevado a cabo experiencias a nivel provincial e interprovincial, que en forma aislada y aun sin integrarse en un verdadero sistema nacional, propusieron la puesta en vigencia de planes regionales. La Corporación Norpatagónica, creada en el año 1958 por un tratado interestatal entre la Nación y las provincias de Chubut, Neuquén y Río Negro, y que tuvo por finalidad el aprovechamiento nacional de los recursos naturales de la región y la promoción de la actividad industrial siderúrgica.

El de la Comisión para el estudio del desarrollo integral de la zona de influencia de los ríos Neuquén, Limay y Negro que concluyó en la definición de criterios prioritarios para la región del Comahue.

El del Ente Patagónico, que desarrolló su actividad durante el año 1966 —hasta su disolución después del golpe militar de ese año— y que se orientó a la coordinación, la promoción y la representación de los intereses patagónicos, en cuanto hace a lo social, económico y cultural.

También deben destacarse la primera y segunda conferencias de gobernadores, llevadas a cabo entre agosto de 1958 y febrero de 1959 en la provincia de Santa Fe, y en donde se analizaron las situaciones provinciales dentro del contexto federal.

Todos estos antecedentes son los que llevaron a proponer la creación de regiones en los dos principales antecedentes documentados que tuvo en vista el constituyente de 1994. Éstos son: la reforma provisoria de 1972 y los *Dictámenes* del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Así decía el dictamen de mayoría sobre el fundamento del contenido de la reforma constitucional elaborado por la Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Institucional (1971), suscripto por los Dres. Germán J. Bidart Campos, Carlos M. Bidegain, Natalio R. Botana, Julio Oyhanarte, Roberto I. Pena, Pablo A. Ramella, Adolfo R. Rouzaut y Jorge R. Vanossi, en el punto 12, referido al "federalismo":

"...Sólo dos cuestiones, nos parece, justifican la introducción de reformas normativas. La primera es la referente a lo que cabría denominar la Región. Las normas constitucionales sólo contemplan dos centros estatales de decisión —la Nación y las provincias— y excluyen toda otra autoridad intermedia. En éste como en otros tantos aspectos, sin embargo, la realidad sobrepasa a la norma. Las delimitaciones socioeconómicas, determinadas por la naturaleza, desbordan a las delimitaciones políticas fijadas discrecionalmente por los hombres. Así, junto a la figura jurídica de la provincia, surge la figura extrajurídica de la región, comprensiva de varias provincias ligadas entre sí por una comunidad de vida y acaso el destino.

Esta segunda figura no puede ser ignorada ya. El interés plural que ella representa, y que por lo demás se ajusta a la moderna doctrina de los "polos de desarrollo", merece ser jurídicamente tutelado. Ello equivale a reconocer que el esquema bipartito de la Constitución es insuficiente y que la regla de que todo lo supraprovincial es nacional, derivada especialmente del art. 75, inc. 13 debe ser modificada, creándose la valiosa posibilidad de que lo supraprovincial sea regional; es decir, pertenezca a un orden todavía descentralizado, todavía inmediatamente vinculado a intereses que siguen siendo locales, y que se perciben mejor cuando se los mira desde cerca.

"La modificación que aconsejamos, debería establecer que sin perjuicio de las grandes directivas que son de la competencia del Estado nacional, sería legítima la actuación de autoridades y organismos regionales, con facultades de administración y decisión, autorizados por el Congreso y nacidos del acuerdo de las provincias interesadas. Esas autoridades y organismos tendrán atribuciones respecto del planteamiento regional y del funcionamiento de entes regionales de fomento o de desarrollo...".

Esta posesión tan favorable a la Región no fue sin embargo compartida por toda la doctrina, toda vez que pesa el argumento histórico contrario a la formación de "ligas de gobernadores" que llevan al recuerdo del flagelo de las guerras civiles del siglo XIX. Ese rechazo también se funda, muchas veces, en el apego estricto al modelo federal de origen norteamericano, sobre el que se asentó la organización nacional. Y finalmente, existe un aspecto político que no debe desconocerse cual es la existencia de fuerzas políticas consolidadas en cada una de las provincias y que defienden la autonomía de éstas y que no verían con agrado una "disminución" del rango de ellas.

Sin embargo, en el primer dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia se propuso en el punto VI "Federalismo" (p. 70): "...Los puntos de la Constitución que consideramos necesario modificar son: aquellos vinculados a las facultades de las provincias para celebrar tratados parciales y a constituir regiones a través del Senado federal conforme a los mecanismos a instituir en la reforma constitucional...".

Y en el dictamen de comisión que sostenía la regionalización se señalaba: "...consideramos ahora la conveniencia de establecer con el mismo rango jurídico la posibilidad de que las provincias, haciendo uso de los poderes no delegados, puedan constituir regiones con la finalidad de optimizar el aprovechamiento de todos sus recursos, sean éstos naturales o económicos, lo que les permitirá a cada una de ellas, desarrollar un proceso de crecimiento armónico que sin duda redundará en la consolidación de nuestro jaqueado sistema federal...".

"...Cabe advertir (continúa el dictamen) antes de seguir adelante que —como lo señala Pedro J. Frías— ...La Constitución debe recoger la región, no como una nueva colectividad territorial, sino como un nivel de decisión por ahora adjetivo... debe servir a la mejor integración del país pero no constituir un nuevo nivel de gobierno. La región es la nueva oportunidad de un acercamiento de escala entre la provincia y la Nación, que permitirá... dar a la política nacional la triple dimensión del país como totalidad, como complementación de regiones y como unidad indestructible de unidades indestructibles...".

El Consejo para la Consolidación de la Democracia entendía que la regionalización no debía ser producto de una imposición, sino que debía ser el producto de un acuerdo entre las provincias y la Nación. "...El sistema de regionalización que proponemos deberá estar fundado en el acuerdo interes-

tatal, es decir entre las provincias y la Nación, su implantación deberá ser el producto de la concertación entre las distintas jurisdicciones, siendo el ámbito natural para lograr esa concertación el Senado federal..." (*Reforma constitucional. Dictamen preliminar*, Eudeba, p. 164).

Los antecedentes mencionados, más una cantidad de hechos de la realidad, como la afirmación de los acuerdos regionales (NOA), la definición de nuevas zonas geográficas (Patagonia Norte y Patagonia Sur), así como la creación de una Comisión Nacional para la Promoción y el Desarrollo de la Región Patagónica, dependiente directamente de Presidencia de la Nación, han llevado a establecer la cuestión en el art. 3°, ley 24.309, con el objeto de "fortalecer el federalismo". Ese norte valorativo debe ser tenido especialmente en cuenta al interpretar el sentido de las normas llamadas a reglamentar el nuevo art. 124.

Como destacan Sabsay y Onaindia, se eleva a nivel constitucional la atribución para crear regiones, pero se restringe la finalidad de éstas al desarrollo económico y social. Si bien se reconoce a las provincias la potestad para crear órganos regionales, éstos sólo tendrán facultades para el cumplimiento de los fines económicos y sociales de la región, desconociéndose así el fenómeno de regionalización de funciones que ha tenido gran impacto en la conformación política de Europa (*La Constitución de los Argentinos*, Errepar).

Antes de la reforma, en un seminario especialmente convocado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, se refería nuevamente al tema el Dr. Pedro J. Frías en los siguientes términos: "...Regionalización: Es el espacio y sus interrelaciones las que ligan al hombre con su tierra. Es la región y no los límites políticos la que define su ámbito existencial. Las provincias constituyen aun el mejor nivel de asignación de competencias, pero hay evidencias de vida regional que requieren apoyo, y hay problemas interjurisdiccionales que por su escala no deben ser atendidos con criterio de frontera sino de unidad. La regionalización no se agota con la creación o el reconocimiento de regiones que engloben provincias o sus partes, sino que se traduce en una útil descentralización de servicios y operaciones del gobierno (regionalización de Bancos, Sociedades del Estado, Tribunal Fiscal de la Nación, etc.).

"Regiones: Las regiones de desarrollo pueden restablecerse —con las variaciones que la experiencia aconseje— por una norma nacional o por tratados interprovinciales que traducen mejor sus preferencias, o por una forma mixta que atenúe los riesgos de uno u otro sistema. Con la experiencia actual, conviene prever objetivos de creciente ambición a diversos plazos. Por ahora debe favorecerse la integración regional del país, reservando a las provincias de cada región la decisión de los objetivos y políticas de desarrollo y a las provincias individualmente la ejecución de dichos planes en sus jurisdicciones..." (AADC, "La reforma constitucional argentina 1994", p. 138).

La Convención Nacional Constituyente de 1994, introdujo como art. 124 el texto que sigue:

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".

2. Poderes concurrentes

El art. 121 sienta el principio de que las provincias conservan los poderes no delegados en el gobierno federal y el art. 126 (ex 108) es la contracara de esos poderes expresamente delegados porque enumera concretamente qué es lo que las provincias tienen prohibido realizar.

De ese modo, la Constitución establece que las provincias pueden promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y el establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la explotación de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios.

El art. 125 (ex 107) se refiere a los "poderes concurrentes", es decir a algunas materias que son de competencia tanto del Estado federal como de las provincias y que, por lo tanto, son susceptibles de convenios o acuerdos de concertación. Son materias directamente relacionadas con la cláusula del progreso y del nuevo progreso de los incs. 18 y 19 del art. 75. La reforma ha incluido entre la materia concurrente a la seguridad social, que anteriormente era materia de legislación exclusiva por parte del Congreso federal, en orden a lo dispuesto en el ex art. 67, inc. 11, actual art. 75, inc. 12.

La concurrencia de facultades ha servido de fundamento para la celebración de los primeros convenios en materia de coparticipación impositiva, con el fin de evitar la doble imposición, vale decir, que un mismo hecho imponible recaiga en una o más jurisdicciones en que se divide el Estado federal. De ese modo, al tener la Nación y las provincias competencias comunes, como surge de los arts. 125 y 75, inc. 18, también pueden tener fuentes de financiamiento comunes, aunque el art. 125 expresamente refiere a que tales competencias las provincias deben financiarlas con recursos propios; pero sucede que la coparticipación no hace al financiamiento ni al origen de los recursos sino al reparto que se hace de la masa total coparticipable.

No obstante, es de señalar que el tema de las "facultades concurrentes" es uno de los que más problemas técnicos acarrea en términos de discusiones fiscales, porque en la medida en que no estén claramente delimitadas, dan lugar a zonas de confusión que no pocas veces beneficia a la hacienda del gobierno federal en desmedro de las provincias.

El art. 125, en su primera parte, establece que 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, tema que por su importancia trataremos de manera separada en el punto siguiente.

Aclarando el principio de reparto del art. 121, respecto de competencias federales y provinciales y el principio del art. 125 de las facultades concurrentes, el siguiente art. 126 aclara cuáles son las facultades que las provincias no pueden ejercer en razón de los poderes delegados en la Nación; enumerando entre ellas a los tratados parciales de carácter político; a las 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, bancarrota, 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.

La reforma de 1994 eliminó la última parte que prohibía admitir nuevas órdenes religiosas, habida cuenta de que tal facultad también se ha modificado respecto del Estado federal desde el concordato celebrado con la Santa Sede en 1966 en lo referido al derecho al patronato.

3. Tratados interprovinciales

Una de las características más destacadas de la forma federal de Estado es, justamente, que la competencia en materia de relaciones exteriores corresponde al gobierno central o "gobierno federal", conforme a la atribución de competencias que realiza la Constitución. En tal sentido, nuestra norma fundamental ha seguido también aquí el paradigma federalista de la Constitución de los Estados Unidos, de manera que Story decía en sus célebres *Comentarios*: "Si cada Estado tuviera libertad para hacer tratados o alianzas con un Estado extranjero, tal facultad sería naturalmente subversiva de los derechos confiados al gobierno nacional. Podría suceder que, si un Estado contrajese compromisos extraños a los intereses de otro Estado, la armonía y la paz de la Unión sufriría, y en los tiempos de guerra o de agitación política, la existencia misma de la Unión podría ser comprometida" [730].

A pesar de esa tajante afirmación, no puede desconocerse la importancia que han tenido las fuentes del derecho internacional en la conformación de nuestro derecho constitucional, de manera que puede señalarse una línea histórica de recepción del derecho internacional en el derecho interno como fuente de derecho y que se remonta a los denominados "pactos preexistentes" de la época de la Confederación.

Esos pactos no eran meras alianzas de caudillos alzados con el poder público, concertados para asegurarse el mantenimiento de sus posiciones; eran arreglos orgánicos tendientes a resolver graves cuestiones institucionales y políticas del momento en que se celebraron, como la Convención del Pilar, el Cuadrilátero y el Pacto Federal de 1831 y, en lo que interesa parcialmente al derecho público provincial, son en todo lo que pertenece a la política constitucional, unas de las fuentes más interesantes respecto de esta materia [731].

En tal sentido, no solamente se ubican los pactos firmados "dentro" de la Confederación por provincias o Estados que la integraban, sino que también cabe considerar el Pacto de San José de Flores, firmado el 11/11/1859, que revistió el carácter de un tratado de derecho internacional público, firmado por dos "Estados" independientes: Buenos Aires y la Confederación Argentina, conformando el antecedente jurídico de la Constitución de 1860. A partir de la Constitución, las provincias no firman entre sí más pactos de naturaleza política, sometiendo sus diferencias a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 126, 116 y 117, CN).

De manera que la Constitución permite expresamente a las provincias celebrar tratados "de alcance parcial" en los términos del art. 125, CN (ex 107), con fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, "...con conocimiento del Congreso de la Nación", en tanto que expresamente se establece que "no pueden celebrar tratados de alcance político" (art. 127 [ex 108], CN), por razones que se remontan a las luchas pasadas entre unitarios y federales, que aventan los recuerdos y temores de las llamadas "ligas de gobernadores" que atentaron contra la unidad institucional.

Una nota diferencial del proyecto de Alberdi con relación a cómo quedó finalmente redactada la norma del art. 125, CN (ex 107), es que, según lo había propuesto el ilustre tucumano, era necesario que tales tratados fueran "aprobados" por el Congreso federal (art. 104 del Proyecto); y decía en la nota correspondiente: "Por este medio, las provincias interiores podrán reu-

730 Citado por GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho...*, cit., t. 3, p. 453.

731 ALBERDI, Juan B., *Elementos de derecho público provincial*, cap. II, parágrafo III.

nirse en grupos de tres o cuatro, para organizar y costear a expensas comunes tribunales de letrados distinguidos, que no podrían tener aisladas; para fomentar establecimientos literarios y de educación; para construir caminos, canales y obras de interés local común a cierto número de provincias.

"La aprobación del Congreso es un requisito que serviría para evitar que en esos tratados locales se comprometiesen intereses políticos o intereses deferidos a la Confederación, y se obstruyera el equilibrio de los pueblos del Estado".

La comisión redactora del proyecto de Constitución propuso un precepto literalmente idéntico al sugerido por Alberdi; pero en la sesión del 30 de abril, el Dr. Gorostiaga hizo moción para que, en vez de exigirse la "aprobación" del Congreso federal sobre dichos tratados, se pusiesen "en conocimiento" del mismo, y con esta enmienda el artículo fue aprobado por unanimidad. A decir de González Calderón, la enmienda era sustancial, e inspiraba un reconocimiento expreso de la amplitud en esta materia, de la autonomía provincial [732].

Lo dicho hasta aquí en esta parte tiene importancia para destacar la naturaleza jurídica de los denominados "tratados parciales", que si bien funcionan en el ámbito del derecho constitucional y, más precisamente, del derecho público provincial, y no en el ámbito del derecho internacional público, se nutren de este último en cuanto a sus orígenes y demarcan fronteras de mutuas relaciones, según referiremos un poco más adelante, en este mismo capítulo.

El profesor Fermín Pedro Ubertone, ha propuesto para esta materia, referida a los tratados parciales, el nombre de "derecho intrafederal", abarcativo del "derecho interprovincial" (tratados entre provincias) y del "derecho intrafederal propiamente dicho" (tratados de las provincias con la Nación); diferenciándolo del concepto que habitualmente en la doctrina se asigna al "derecho federal" para indicar al que emana del gobierno central, conforme la opinión de Clodomiro Zavalía (*Derecho federal*, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941) y de Manuel García Pelayo (*Derecho constitucional comparado*, Revista de Occidente, Madrid) [733].

Refiere el mismo autor que venimos citando, que el propio Kelsen en su *Teoría general del derecho y del Estado* (Imprenta Universitaria, México DF, 1958), al tratar específicamente del Estado federal, señala la confirmación de la doctrina tradicional al identificar el orden jurídico central con el orden jurídico total del Estado federal, y expresa que en el Estado federal hay un orden jurídico central y diversos órdenes jurídicos locales, que en

[732] González Calderón, Juan A., *Derecho...*, cit.

[733] Ubertone, Fermín P., "Los tratados parciales en la Constitución Nacional", LL 15/2/1971.

conjunto forman el orden jurídico total, pero no menciona siquiera la posibilidad de que haya normas "interprovinciales" o "intrafederales" [734].

En los Estados Unidos se requiere el consentimiento del Congreso en los convenios interestaduales, aunque no hay fórmula fija en lo concerniente al tiempo y modo debido para solicitar dicha aprobación. El consentimiento puede otorgarse antes o después del convenio; pudiendo ser expreso, implícito o tácito ("Virginia v. Tennesse", 1893). No hay tampoco una formalidad establecida para la aprobación por el Congreso. Puede hacerse mediante una ley expresa, por una resolución conjunta, por ratificación de una Constitución estadual que contenga tal convenio, o por medio de un convenio entre el Congreso y los estados interesados ("Burton's Lessee v. Williams", 1819). El Congreso puede aun extender aprobaciones en blanco a ciertos convenios futuros y dentro de ciertas zonas especificadas [735].

Es menester señalar que por vía y acción de estos denominados tratados "intrafederales", conforme los denomina Ubertone, ha tenido desarrollo en nuestro derecho el denominado "federalismo de concertación" o "federalismo cooperativo", por oposición al federalismo "de confrontación" entre jurisdicciones y que se ubica en la teoría del control vertical del poder [736]. Esa visión del federalismo como concertación entre las distintas jurisdicciones o unidades políticas tiene al Dr. Pedro J. Frías como el representante más destacado en nuestro país [737] y a partir de tales concepciones se ha ido produciendo un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que culminó en un conjunto de reformas en las constituciones provinciales primero y, finalmente en la reforma constitucional de 1994, que entre otros aspectos, consagra la autonomía municipal (art. 123), el nuevo *status* jurídico de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129) y establece la posibilidad de conformar regiones para el desarrollo económico y social (no políticas) en el art. 124, llevando adelante aquellas ideas ya anunciadas por Alberdi y que encuentran canales de realización en el federalismo cooperativo [738].

[734] Ubertone, Fermín P., "Los tratados parciales...", cit.

[735] Pritchett, C. H., *La Constitución americana*, TEA, Buenos Aires.

[736] Loewenstein, Karl, *Teoría...*, cit.

[737] Frías, Pedro J., *Derecho público...*, cit.; véase también del mismo autor *El proceso federal argentino*, con un interesante estudio preliminar del prof. Alberto Castells, Córdoba, 1998.

[738] Véase Vanossi, Jorge R. A., *Situación...*, cit., y Dalla Via, Alberto R., "Los valores en el federalismo", en Bidart Campos, Germán J. - Gil Domínguez, Andrés (coord.), *Los valores en la Constitución*, Ediar, Buenos Aires.

4. Convenios internacionales que pueden celebrar las provincias

Pero de manera especial nos interesa la incorporación en el texto del nuevo art. 124, CN, del siguiente párrafo *"Las provincias podrán... también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación; ...con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto"*.

Esta nueva norma se funda en la tendencia al reconocimiento de la autonomía y al fortalecimiento del federalismo, de manera que las entidades locales puedan celebrar acuerdos de cooperación sobre temas puntuales, para resolver aspectos pragmáticos, favoreciendo los procesos de integración, especialmente con pueblos vecinos en las zonas de frontera, y aun otro tipo de acuerdos que se dirijan a dar cumplimiento al paradigma constitucional de promover el "desarrollo humano" (art. 75, inc. 19, CN). Distintos antecedentes del derecho público provincial se han pronunciado en ese sentido, como el denominado Pacto de Reafirmación Federal entre cuyos objetivos se enuncia: "Quinto: Reconocer el derecho de las provincias a realizar gestiones y acuerdos en el orden internacional para satisfacción de sus intereses locales, sin lesionar las atribuciones constitucionales que en materia de política exterior le corresponden al Estado nacional".

La tendencia se marca en el derecho constitucional comparado, no solamente en los países federales, sino también en los de forma de Estado unitaria que, en muchos casos, han adoptado políticas de descentralización fomentando la autogestión en provincias y regiones por intermedio de mecanismos tales como los denominados Estatutos de Autonomía contemplados por la Constitución española de 1978. La capacidad de autogestión de las unidades políticas menores, comprende, con frecuencia, la de celebrar convenios. Especialmente esa tendencia se ha desarrollado en el ámbito de la Unión Europea donde la idea de descentralización ha corrido de manera muy pareja con el denominado "principio de subsidiariedad". El límite, en todos los casos, se encuentra en las materias que no pueden afectar la competencia de los Estados nacionales en materia de política exterior.

Esto también coincide con la pauta general en la materia que surge de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos cuando dijo que "...los acuerdos que los estados locales no pueden celebrar son aquellos que puedan poner en conflicto los poderes que los Estados, al adoptar la Constitución, han delegado en el gobierno general, o que asumen el pleno y libre ejercicio de la autoridad federal" ("Union Railroad Co. v. East Tennesse Railroad", "Virginia v. Tennesse").

El tema del límite de las materias sobre las que las provincias no pueden convenir ni celebrar acuerdos no presentaría, en principio, mayores inconvenientes, toda vez que está entendido que no debe afectarse la conducción de las relaciones exteriores ni el crédito público de la Nación, idea que no solamente es consecuente con la forma federal de Estado, sino con el principio de soberanía y de unidad del Estado, de donde la misma consideración es aplicable, llegado el caso, tanto a Estados federales como a Estados unitarios con un grado avanzado o relativo de descentralización y autonomías locales.

Otro problema constitucional se plantearía, en cambio, respecto de la cuestión de si las provincias podrían iniciar negociaciones para un acuerdo sobre determinado tema, para que después las concluya el gobierno federal en uso de sus facultades en la materia. En tal sentido, la doctrina tradicional mantuvo una postura estricta en cuanto a que, siendo atribución del Poder Ejecutivo el concertar los tratados internacionales y correspondiendo al Congreso su aprobación o rechazo, no era posible la participación de las provincias, y aun menos de los municipios en las etapas de gestión previa del acuerdo internacional (Joaquín V. González y Juan V. González Calderón, entre otros).

Para Piombo, cabría realizar una distinción entre "tratado" y "convenio", siendo que el primer término sugiere algo más formal, de mayor importancia o jerarquía: "...pese a la amplitud del término, no todos los acuerdos son tenidos en mira por los dispositivos constitucionales en vigor. Más todavía si se tiene presente que los mismos parecen referirse a instrumentos dotados de un contenido reglado por el derecho público". Nosotros creemos que no existe una diferencia de sustancia o naturaleza jurídica entre tratado y convenio internacional; son sinónimos que pueden utilizarse indistintamente; en cambio sí creemos que el límite entre las materias sobre las que pueden acordar las provincias y las que no, deben delimitarse claramente por el Congreso, a fin de evitar eventuales conflictos.

De manera que, partiendo de que la Constitución Nacional ha otorgado al gobierno federal, con exclusividad, el manejo de las relaciones exteriores, si las provincias pretendieran vincularse con un Estado extranjero por intermedio de un tratado, deberían hacerlo mediante la intervención necesaria del gobierno nacional; pero lo expresado no excluye la posibilidad de la celebración de preconvenios a nivel municipal o provincial, o el de establecer las bases de los futuros tratados por medio de organismos técnicos locales. En ese sentido, el Tratado de San Lorenzo, firmado entre Canadá y Estados Unidos, es un ejemplo claro y preciso del camino formativo que respeta la estructura federal y el interés municipal, que es, en definitiva, el del hombre y su inmediatez [739].

[739] ZARZA MENSAQUE, Alberto, *Comentarios a la reforma constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

El mero "dar conocimiento" al Congreso federal por parte de las provincias de los convenios internacionales que celebren parece ser un requisito insuficiente para asegurar la necesaria unidad de la política exterior. Si se admitiera que cada provincia pudiera seguir su propia política internacional se caería en una situación anárquica y el modelo de estado federal se desnaturalizaría hacia una forma confederada que no es la que la Constitución establece. La fórmula adoptada por el art. 124, CN se ha inspirado directamente en el antecedente del art. 125, CN (ex 107), conforme la modificación propuesta por Gorostiaga sobre el Proyecto de Alberdi, durante la Convención General Constituyente de 1853. Es necesario, por ende, interpretar el nuevo precepto a la luz del principio constitucional de unidad interpretativa, partiendo de la forma federal de Estado (art. 1°, CN) y de las normas que determinan los grandes principios de nuestra política exterior (arts. 75 y 99, CN).

Asimismo, si admitimos, como decíamos más arriba, que en este tema el derecho constitucional se nutre de los principios del derecho internacional público, observándose una paulatina y constante recepción del derecho internacional en el derecho interno, deben tenerse especialmente en cuenta los principios del derecho internacional que regulan la responsabilidad internacional de los Estados, siendo que en nuestro caso, todo tratado o convenio internacional lo será a través de la personería del Estado argentino como sujeto del derecho internacional y será en todo caso, sobre el mismo Estado en su conjunto sobre quien recaiga la responsabilidad internacional, con independencia de quien haya gestado o promovido el acuerdo. Todas estas consideraciones justifican sobradamente la necesidad de reglamentar con precisión el art. 124, CN, a fin de salvaguardar el derecho de las provincias a celebrar convenios internacionales, delimitando precisamente esferas de acción que no comprometan la política exterior ni el crédito público de la Nación en su conjunto.

El profesor Alberto Zarza Mensaque, propone un "acuerdo marco" o una "ley convenio" del Congreso de la Nación como el mecanismo por el que se establezcan los requisitos que deben reunir los tratados, así como que su celebración quede a cargo exclusivo del gobierno federal, señalando que "...si bien las provincias no pueden celebrar tratados con naciones extranjeras, no están impedidas de cooperar y protagonizar otras etapas del mismo" [740].

Por nuestra parte, no creemos que sea necesario recurrir a un mecanismo complejo en materia de aprobación y adhesiones como es el de las denominadas "leyes convenio" que la Constitución expresamente reconoció para el caso de la coparticipación federal (art. 75, inc. 2°, CN) pero que no responden a nuestra más antigua tradición constitucional entre leyes "de

740 ZARZA MENSAQUE, Alberto, en *Comentarios...*, cit.

fondo" y "de forma". Por el contrario, siendo la política exterior de la Nación una materia expresamente delegada por la Constitución al gobierno federal (arts. 121, 75 y 99, CN), entendemos que bien puede el Congreso, donde por otra parte se encuentran representadas las provincias, legislar sobre esta materia.

Resulta necesaria la sanción de una ley de la Nación, en cumplimiento de la pauta general del art. 27, CN, que fije los grandes marcos o lineamientos habilitantes (*umbrella agreement*) y que establezca los aspectos sustanciales y procedimentales que deben respetar los estados locales para que los convenios que suscriban sean válidos, de manera que el Congreso pueda intervenir y "tomar conocimiento" antes de la concreción del tratado y otorgar o negar la autorización. Dicha ley debería atender, asimismo, y con particular atención a la publicidad de los tratados que se firmen.

Finalmente, cabe también señalar que el art. 124, CN se refiere a que la Ciudad de Buenos Aires tendrá en la materia el régimen que se establezca al efecto, correspondiendo remitirse, en consecuencia, a la Constitución de la Ciudad Autónoma, en orden a lo dispuesto en el art. 129, CN [741].

5. La "cláusula federal" en el Pacto de San José de Costa Rica y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Hemos dejado para su tratamiento en este punto la importante cuestión de cómo se obligan y hasta qué punto se obligan las provincias, en el ámbito de sus competencias *propias* y no delegadas al Estado federal (art. 121, CN), todo ello en el marco de las denominadas "cláusulas federales" incluidas en algunos tratados internacionales de derechos humanos, y de qué manera, tales cláusulas se vinculan y cobran efectos en nuestro régimen constitucional de los tratados.

El Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas es muy enfático cuando dice al respecto en su art. 50: *"Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna"*; de donde la conclusión es clara y obvia, su obligatoriedad alcanza a todas las jurisdicciones.

En cambio, el art. 28, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, al ser más extenso y tener un contenido más detallado, da también lugar a mayores comentarios. El párr. 1° establece: *"1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las dis-*

741 Sobre el tema puede verse DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Ciudad...*, cit.

posiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial". Este párrafo no plantea mayores inconvenientes.

Durante los debates de la Convención Nacional Constituyente de 1994, el convencional Rosatti, tuvo oportunidad de señalar: "Si territorialmente nos preguntamos cuál es la vigencia de los derechos humanos, enfáticamente tenemos que decir que en una Nación federal como la Argentina la recepción de los tratados —tal cual se está planteando en la reforma de la Constitución— tiene aplicación y vigencia automática en todo el territorio del país; y con mayor contundencia aún debemos asumir ahora la cláusula del art. 31 que, separando la Ley Suprema de la Nación respecto de las obligaciones provinciales, establece no sólo la exigencia constitucional de las provincias de adaptarse a la disposición constitucional nacional, sino también la intervención de todos los poderes públicos para evitar que invocándose heterogeneidades procesales o normativas de carácter provincial pueda presentarse una efectiva desigualdad de derechos y oportunidades para todos los habitantes del territorio nacional", y agrega el mismo convencional "No interpretemos aquí al federalismo como un obstáculo que impida la vigencia efectiva de todos los derechos humanos, civiles, sociales, económicos y políticos para que sean disfrutados por igual y con mayor intensidad en el interior del territorio nacional" [742].

En el párr. 2°, el mismo artículo continúa diciendo: *"2. 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 decisiones del caso para el cumplimiento de esta Convención"*.

Este párr. 2° podría plantear problemas constitucionales si alguna provincia no diera cumplimiento a las obligaciones asumidas por el Estado federal al firmar el pacto y se tratara de una competencia propia o "no delegada" por la respectiva provincia. Está claro que el Estado federal, en tal caso, no tiene facultades para modificar una Constitución provincial ni para obligar a una provincia a cambiar su Constitución, de donde resulta que daría cumplimiento al párr. 1° a través del control de constitucionalidad que ejercen los tribunales a partir del principio de supremacía (art. 31, CN) que subordina el derecho público provincial al derecho federal.

[742] *Diarios de Sesiones* de la Convención Nacional Constituyente, 23ª reunión, 3ª sesión ordinaria (continuación), 3/8/1994, p. 3002.

Este razonamiento se ve reforzado, aún más, desde que la reforma constitucional de 1994 otorgó "jerarquía constitucional" a un grupo de tratados internacionales sobre derechos humanos, entre los que se encuentran los recién mencionados. En el mismo sentido, cabe destacar que algunas provincias también expresamente han incorporado a su derecho público provincial las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como, por ejemplo, lo hizo la provincia de Córdoba con la ley 7098 del 22/8/1984.

El Dr. Germán J. Bidart Campos reflexiona sobre el art. 128, CN, que manda a los gobernadores de provincia, como agentes del gobierno federal, a hacer cumplir la Constitución y las leyes, y en este caso se extendería el concepto a los "tratados" como consecuencia de la jerarquía constitucional que revisten los mismos, llegando incluso a plantearse si no sería una causal de intervención federal el caso de reticencia de una provincia de coordinar su derecho local con el pacto [743].

Nosotros no nos proponemos llegar tan lejos con nuestras reflexiones, como lo hace el distinguido constitucionalista citado, sencillamente porque consideramos que la inclusión de "cláusulas federales" en los pactos o tratados internacionales es insustancial, ya que el problema no se resuelve desde el derecho internacional público sino desde el derecho constitucional que es el que en definitiva deslinda las competencias territoriales, haciendo prevalecer el principio de supremacía (art. 31, CN) aunque claro está, la responsabilidad internacional será del Estado nacional y no de una provincia en particular.

Pero además, debe recordarse que en esta materia en particular, referida a los derechos fundamentales, las disposiciones de la Constitución Nacional, ensanchada y enriquecida por los tratados con jerarquía constitucional (arts. 1° al 43 y 75, inc. 22) representa un piso o umbral mínimo que las provincias deben respetar por imperio del art. 5°, CN, de manera que sus Constituciones, así como sus leyes internas pueden ampliar el garantismo pero en ningún caso reducirlo.

Finalmente, el párr. 3° del art. 28 del pacto señala: *"3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención"*. En tales términos, el párrafo puede en todo caso tener virtualidad para tratados de integración, como, por ejemplo, los que han puesto en movimiento al Mercosur, aunque caben también aquí las observaciones en cuanto a que

[743] BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual...*, cit., t. III, p. 560.

se trataría de problemas de orden constitucional de cada uno de los Estados parte. La reforma constitucional de 1994, por otra parte, al referirse en el inc. 24 del art. 75 a los tratados de integración con otros países, condiciona la firma de los mismos y la consecuente delegación de competencias en organismos supraestatales, tanto a condiciones de reciprocidad e igualdad como "al respeto a los derechos humanos", extremos que reúne el Tratado de Asunción referido al Mercosur.

La inclusión de una suerte de "cláusula federal" fue planteada en la Convención Nacional Reformadora de 1994 con relación a otros supuestos como los referidos a los tratados de integración. Se apeló, en tal sentido, al ejemplo que en el derecho comparado brinda el caso de Alemania, que establece la representación de cada uno de los *Lander* en las reuniones del Consejo de Ministros de la Unión Europea, cuando se traten asuntos que puedan afectarlos, proponiéndose la siguiente fórmula en el texto del inc. 24 del art. 75: "...y que respeten el orden democrático, los derechos humanos y el sistema federal, asegurando a las provincias la participación en la decisión de los asuntos que las afectan directamente".

La propuesta del convencional Llano se fundamentó en la necesidad de preservar el ámbito de competencias provinciales reservadas por el art. 121, CN (ex 104), que, a su juicio, podrían ser puestas en peligro por las tendencias centrípetas y el fuerte impulso centralizador que tienen los sistemas comunitarios, de manera que por algunas decisiones de organismos supranacionales se podrían poner en peligro ciertas economías regionales. La posición fue también apoyada por el convencional Pontussi, quien propuso la incorporación de algún artículo que preservara, frente a los tratados que la Nación suscribe, los intereses provinciales mediante la consulta previa.

Durante la misma sesión, fueron respondidas las objeciones por el miembro informante de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales, convencional Juan Pablo Cafiero, en los siguientes términos: "En lo atinente a la propuesta realizada por el señor convencional Llano sobre el sistema federal, debo aclarar que el sistema constitucional argentino cuenta ya con las reservas realizadas y prescriptas en la Constitución para sostener su sistema federal, por lo tanto, se entiende que la aprobación por las distintas instancias federales, como es en este caso el de la Cámara de Senadores, que va a requerir de una mayoría calificada para tratar estos temas, cubrirá desde el punto de vista del federalismo las necesidades que las provincias reclamen durante un proceso de integración" [744].

[744] Convención Nacional Constituyente, *Diarios...*, cit., ps. 3086/3088, versión taquigráfica.

6. Los recursos naturales

El art. 124 reconoce expresamente el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en su territorio. Esa circunstancia estaba implícita en el anterior art. 104 (actual 121) que reservaba a las provincias los poderes no delegados en el gobierno federal, pero el constituyente ha preferido hacer esa situación expresa.

Es necesario distinguir el dominio de los recursos naturales de la jurisdicción sobre los mismos. Esta última, entendida como la capacidad para reglar los usos de un bien, no sigue siempre a su dominio. Destaca Frías que, en términos generales aunque el dominio sea provincial, la jurisdicción será federal en cuanto afecte al comercio o la navegación interprovincial o internacional [745].

Así ocurre que no siempre hay coincidencia entre el titular del dominio y de la jurisdicción. Señala Frías que si esto es importante bajo cualquier régimen de descentralización, con mayor razón lo es en un Estado federal, donde convergen hacia los fines de la Constitución el gobierno central, los provinciales y las municipalidades.

El dominio es "el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona" (art. 2506, CCiv.). La jurisdicción es la suma de facultades divisibles en las diversas materias de gobierno. El dominio se ejerce sobre las cosas, la jurisdicción sobre las relaciones. El dominio lleva necesariamente a la jurisdicción si nada la limita o la excluye, la jurisdicción no lleva necesariamente al dominio. Pero en última instancia tiene más cuota de poder la jurisdicción que el dominio y éste puede terminar por ser vaciado [746].

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido a esta cuestión sosteniendo que "...dominio y jurisdicción no son conceptos equivalentes ni correlativos, pues bien pueden existir uno sin la otra y viceversa. Así la jurisdicción sobre playas y riberas, que no importa el dominio nacional sobre ellas; así la que se ejerce sobre establecimientos nacionales en inmuebles no adquiridos; y así el dominio privado del estado general en bienes situados en las provincias y sobre los cuales no ha fundado obras o establecimientos de utilidad nacional; en éstos hay dominio y no jurisdicción. La jurisdicción nace con el destino de orden nacional que se da a los terrenos obtenidos por compra o cesión" [747].

[745] *Derecho público provincial*, ps. 172 y ss.

[746] Ver VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, p. 14.

[747] Fallos 154:312.

En este punto cobra especial significancia la materia de regulación del medio ambiente que debe relacionarse, en consecuencia, con el art. 41 de la Constitución reformada. En ese plano las provincias continúan manteniendo el dominio sobre los recursos naturales y ejercen el poder de policía sobre los mismos, pero existe un "capital mínimo" ambiental que deberá regularse a través de una ley nacional que establecerá esos contenidos mínimos. El sistema propone una ley-convenio del tipo que se emplea en los sistemas de coparticipación impositiva.

El Consejo para la Consolidación para la Democracia había propuesto la siguiente modificación en su *Dictamen preliminar* [748] "...Lo relativo al régimen de los recursos naturales, cuya propiedad se debería asignar explícitamente a las provincias, sin perjuicio de que su explotación correspondiere a las provincias o a la Nación y/o a los particulares, según los acuerdos celebrados entre la Nación y las provincias. Se podría crear la alternativa de que el Estado nacional de alguna manera supervise o controle la explotación de los recursos naturales, especialmente cuando esa función es asumida por terceros. Se trata de una alternativa que, de alguna manera, cercena el poder de las provincias. Es sabido, por otra parte, que el Estado nacional ha avanzado en exceso sobre las provincias al nacionalizar los minerales energéticos, las caídas de aguas y el mar territorial. Sin embargo, ante la desigualdad de las provincias en cuanto a sus recursos naturales y fuentes de riqueza, se considera necesario instituir mecanismos de redistribución, de forma tal que las provincias y el pueblo de cada una de ellas crezca y se desarrolle armónicamente. No hay que olvidar que el Estado federal es una empresa cooperativa entre los distintos estados provinciales y en consecuencia, los distintos estados miembros, no sólo deben compartir el trabajo y el esfuerzo comunitario, sino también las riquezas y los beneficios del sistema (ética de la solidaridad)".

Estos principios han sido tomados en distintas partes de la reforma constitucional, especialmente en el art. 75 al establecer los postulados de equidad y lealtad federal y sobre todo cuando el inc. 19 propugna un desarrollo armónico y equilibrado del territorio.

Antes de la reforma, el Dr. Pedro J. Frías, reconocido especialista en la materia, se expedía sobre el tema en los siguientes términos "...Recursos naturales: Las bases económicas de la sociedad local se desdoblarán en desarrollo tecnológico si se acierta en las fórmulas de participación dentro de las empresas del Estado nacional que explotan sus recursos y si son equitativas las reglas del aprovechamiento, con su obligada industrialización de origen, si es económicamente posible, y sus compensaciones adecuadas en regalías y tarifas.

[748] Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Dictamen preliminar*, Eudeba, Buenos Aires, p. 70.

"La experiencia actual de concertación aconseja reconocer nuevamente el dominio de los hidrocarburos a las provincias, con las que se convendrá un régimen de explotación que fortalezca la decisión nacional.

"Una vez más, prefiero la voz concertación para la fórmula respectiva en un acuerdo federal o en una reforma constitucional. En materia de hidrocarburos y de recursos del mar sólo interesa una disciplina que junto con la eficiencia fortalezca la decisión nacional: unidad de política que puede acoger diversos modelos de explotación.

"El poder de concertar que reconoce como parte del gobierno central garantiza totalmente el interés nacional, tanto en cuanto a los deberes de Estado-Nación como en cuanto a la solidaridad interna que exige de las provincias productoras políticas redistributivas. El deber de 'concertar' puede cumplirse a través del nuestro inc. 12..." [749].

En este punto también, las reflexiones del maestro Frías son un aporte invalorable a la hora de legislar bajo el principio de un federalismo "cooperativo" por oposición a un federalismo de confrontación. La importancia del tema resalta a la hora de regular servicios públicos en la provincias sobre la base de prestación de recursos naturales y de privatizaciones aún no realizadas.

7. Los recursos financieros

El pensamiento alberdiano encierra cierta contradicción entre las facultades originarias de las provincias para recaudar impuestos internos, limitando la recaudación federal a los derechos al comercio exterior y a los impuestos directos —excepcionales— por tiempo determinado (ex arts. 67, incs. 1° y 2°, concs., 4° y 121, CN) y el rol centralista y promotor del estado central, destinado a ser la maquinaria impulsora del progreso y la ilustración (ex art. 67, inc. 16, CN) aunque respetando los principios liberales de la iniciativa individual en materia económica.

Esas tensiones se fueron resolviendo con el tiempo en una actitud fortalecedora del Fisco nacional en desmedro de los fiscos provinciales. Uno de los aspectos que requerirían de un estudio más cuidadoso desde una perspectiva económica es determinar hasta que punto el Estado central realizó una apropiación ilegítima de la renta sobrepasando límites vedados por el orden público constitucional y hasta que punto esa actitud se debió a un abandono por parte de las provincias de ejercer facultades que les son propias.

La Constitución histórica de 1853 adoptó un sistema de separación de fuentes impositivas al diferenciar entre impuestos "directos" e "indirectos".

[749] Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *La reforma constitucional argentina 1994*, p. 136.

El derecho comparado reconoce distintas modalidades para asignar la potestad tributaria a las distintas jurisdicciones o bien para repartir o coparticipar entre ellas lo recaudado por un ente o centro único; de ese modo, México representa un ejemplo de país con sistema de coparticipación donde recauda el Estado central y reparte entre los distintos estados el producido de esa recaudación. Otro ejemplo, en el mismo sentido, es el de Venezuela, cuya Constitución se declara federal desde un punto de vista formal —aunque su realidad es centralista— y donde un porcentaje de la recaudación impositiva total se destina a provincias y municipios por imperio constitucional.

En Estados Unidos, el principio es el de separación de fuentes con un alto porcentaje de presión tributaria local, en tanto que en Brasil, la Constitución de 1986 diseñó un modelo de separación de fuentes donde sobresalen las importantes atribuciones estaduales en materia de recaudación, en desmedro del Estado central. En Brasil tiene carácter estadual aun el ICMS (impuesto a la circulación de mercaderías y servicios) equivalente al IVA, que suele ser un impuesto que recaudan los estados centrales, como contraste baste señalar que en Europa el IVA es recaudado por la Unión Europea que lo coparticipa con cada Estado.

El análisis comparatista permite determinar que en general los países han adoptado uno u otro sistema. La Constitución argentina de 1853 adoptó el sistema de separación de fuentes, en tanto la reforma constitucional de 1994, sin derogar ni reformar el sistema anterior, introdujo el mecanismo de la coparticipación federal de impuestos, conforme se venía realizando en nuestra práctica desde hace años y como consecuencia de las deformaciones y desvíos ocurridos sobre el sistema original de la Constitución.

En la etapa fundacional, cuando el Estado nacional era muy pequeño, limitado a sus deberes esenciales de defensa, seguridad y justicia, la separación de fuentes respondió al criterio resultante del art. 75, inc. 1° de modo que los derechos de importación y exportación bastaban para sostener los requerimientos del Fisco, tanto más cuando el modelo agroexportador asentado sobre las riquezas de la Pampa húmeda, los ferrocarriles y la Aduana de Buenos Aires, daba plena satisfacción a esas necesidades, atribuyéndose a las provincias la facultad de recaudación de los denominados impuestos "internos" por oposición a los impuestos "externos" derivados del comercio exterior.

La aplicación de impuestos al comercio exterior planteó algunos tempranos debates en la Convención *ad hoc* de Buenos Aires para la reforma de 1860 y en la reforma constitucional de 1898. En su oportunidad, Rufino de Elizalde sostuvo la necesidad de reservar a la Nación los derechos de importación y reservar a las provincias los derechos de exportación, a fin de promover las mismas. Prevaleció la idea contraria ya que algunas provincias tienen mayores recursos exportables que otras y ello iría en mengua de la solidaridad fiscal territorial y la unidad de la Nación en su conjunto; pero el argumento no deja por ello de ser interesante en tiempos en que pretenden seguirse políticas de "apertura" y de promoción de exportaciones [750].

Por otra parte, la Constitución distingue los impuestos "directos" de los impuestos "indirectos". Esa clasificación surge de la redacción del art. 75, inc. 2° y de manera más específica, de la redacción anterior a la reforma de 1994, cuya numeración correspondía al inc. 2° del art. 67. El mismo refiere a que la Nación sólo puede "...*Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan...*".

Si la Nación sólo puede establecer impuestos directos por excepción y en circunstancias excepcionales, fácil es deducir que la regla general es que tal competencia es, en principio, de las provincias, conforme surge del principio general del art. 121, CN "*Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*". Como la Constitución histórica nada decía en referencia a los impuestos indirectos, fácil era también deducir y de acuerdo con el mismo principio del art. 121 (ex 104) que eran de competencia provincial.

Sin embargo, a medida que los requerimientos fiscales fueron aumentando, el Estado federal vió la necesidad de ampliar los límites de sus facultades recaudatorias. Con motivo de la crisis de 1890, el posterior gobierno del presidente Carlos Pellegrini estableció impuestos indirectos al consumo en el orden federal. Esa categoría de impuestos hasta esa fecha sólo era percibida por las provincias, como consecuencia de la letra constitucional que sólo permitía al Estado federal, en situaciones especialmente graves, percibir impuestos indirectos por tiempo determinado.

En su mensaje al Congreso, el ministro Terry justificó la medida sosteniendo que si bien la norma constitucional no expresa la facultad de la Nación para percibir impuestos indirectos, tampoco la prohíbe expresamente, debiendo interpretarse que si la Nación y las provincias tienen facultades concurrentes para impulsar el desarrollo (arg. ex arts. 67, inc. 16, y 107, actualmente 75, inc. 18, y 125, CN), también deben ser concurrentes las facultades para recaudar a esos efectos. Desde entonces quedó consagrada, con la posterior convalidación legislativa y judicial, la tesis de la concurrencia a los efectos de los impuestos indirectos.

Con el principio de la concurrencia de impuestos indirectos apareció también, por primera vez, el problema de la doble tributación o de la doble imposición que contraría el principio de separación de fuentes. La Corte Su-

[750] Al respecto pude verse RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, Instituto Nacional de la Historia.

prema de Justicia de la Nación la admitió en tanto la superposición de jurisdicciones sobre un mismo hecho imponible no resulte confiscatoria. Cuando un impuesto es confiscatorio, es decir, en qué momento se supera el límite que vulnera el derecho de propiedad. Para la Corte hay un primer criterio y es que la presión tributaria debe concentrarse sobre la renta y no sobre el capital. El segundo criterio establece un porcentual que ha ido variando según los casos pero que considera un promedio del 33%; más allá de ese límite, el impuesto resulta confiscatorio.

La clasificación entre impuestos directos e indirectos adoptada por el poder constituyente originario respondió a un criterio válido en su tiempo pero que plantea dificultades en la actualidad y que los viene planteando desde hace varias décadas. Según lo ha explicado Alberdi, el impuesto directo era el que era pagado directamente por los ciudadanos conforme al censo o "nómina".

Este sistema era de relativa y sencilla aplicación cuando los vecinos eran pocos y conocidos pero debía limitarse a circunstancias graves porque podía afectar de manera más directa al patrimonio que según el propio Alberdi debía evitarse, prefiriendo en cambio la imposición al consumo por vía de impuestos indirectos que al gravar la circulación y el consumo de los bienes se concentraba más sobre la renta. Podría decirse, con relativa sencillez, que los impuestos indirectos eran aquellos "trasladables", en tanto que los impuestos directos eran personales.

Opiniones de destacados especialistas en derecho tributario, así como importantes congresos internacionales sobre esa materia consideran que esa clasificación se encuentra ya superada por no existir en la organización moderna de la sociedad la categoría pura de impuesto directo.

En efecto, si la característica principal es la traslación, hoy prácticamente no se conoce impuesto que no sea trasladable, aun un impuesto donde la relación titular-hecho imponible se visualiza, como sería el ejemplo del impuesto inmobiliario, no deja de participar del carácter *propter rem* que tienen las obligaciones tributarias y que hacen que al cambiar el titular del bien, la obligación tributaria subsista en cabeza del nuevo dueño. Por ese motivo, en general, se ha recomendado el reemplazo de esa clasificación por un criterio que responda más a las necesidades actuales de la política tributaria.

No se trata de una apego originalista en la interpretación de la Constitución porque en muchas otras cuestiones y temas nuestra jurisprudencia se fue inclinando hacia la denominada "interpretación dinámica". En este caso, la rigidez del criterio y su claro sentido lingüístico requerirían de una modificación en el texto constitucional. Sin embargo, desde este punto de vista la reforma constitucional de 1994 significó una oportunidad perdida.

El desajuste entre la norma y la realidad y las necesidades crecientes de un Estado intervencionista que comienza a manifestarse a partir de la crisis

del 30, donde a la crisis económica mundial se suma nuestro primer quiebre institucional y de continuidad en la vigencia constitucional, llevó a que aparecieran los denominados sistemas de "coparticipación federal" que en el caso de la Constitución argentina no se manifiestan como el modelo originario de reparto impositivo adoptado por el constituyente, sino como una verdadera patología resultante de la no aplicación o del mal funcionamiento del primero.

En el año 1935, siendo el Dr. Federico Pinedo ministro de Hacienda del presidente Agustín P. Justo, se sanciona con fecha 26 de septiembre la Ley de Impuesto a los Réditos, invocando el art. 67, inc. 2° toda vez que dicha imposición revestía carácter transitorio y estaba destinada a solventar necesidades de caja del gobierno federal. El carácter "transitorio" se fue extendiendo y la Corte interpretó que tal transitoriedad no estaba sujeta a plazo determinado sino que la medida subsistía mientras durase la causa que dio origen a la misma.

No es casualidad que en la misma época de creciente intervencionismo y ampliación de funciones estatales hacia la conformación del modelo del Estado Benefactor que culminaría su apogeo en los años cuarenta y cincuenta, también la jurisprudencia de la Corte Suprema haya elaborado una doctrina de la emergencia basada en la ampliación del concepto de "poder de policía" que fue abriendo camino hacia una cada vez mayor intervención estatal. En forma paralela también las emergencias —que en principio fueron temporarias como el caso de las locaciones urbanas— se fueron prorrogando por argumentos de fundamentación similar a las prórrogas de impuestos que contrariaban el texto constitucional.

Al coexistir la aplicación de impuestos directos por la Nación y las provincias, más la concurrencia ya existente en materia de impuestos indirectos, la doble tributación se fue convirtiendo en regla aceptada y el mecanismo de instrumentación fueron las denominadas "leyes convenio".

Por ese mecanismo, se arribaba a un acuerdo de coparticipación de lo recaudado que contemplaba una coparticipación "primaria" a distribuir entre la Nación y las provincias y una coparticipación "secundaria" que contemplaba el reparto de la parte correspondiente a las provincias entre sí, conforme a pautas o índices consensuados. El acuerdo era formalizado por una ley del Congreso a la que a su vez adherían cada una de las provincias mediante leyes sancionadas en sus respectivas legislaturas.

La fórmula superaba el problema de la competencia originaria de las provincias que de este modo delegaban en la Nación la recaudación que no ejercían y se conformaban con un porcentaje de reparto. Las "leyes-convenio" no estaban contempladas en la Constitución histórica de 1853 de la que sólo surgía la división entre normas de fondo que correspondían al Congreso Nacional (art. 75, inc. 12 [ex 67, inc. 12]) y las normas de forma o de procedimientos que, por oposición, correspondían a las legislaturas locales.

No debe extrañar entonces que algunos de los más importantes constitucionalistas, como Bielsa y Linares Quintana, opinaran que los regímenes de coparticipación federal eran inconstitucionales porque vulneraban el sistema de reparto establecido en la Constitución. Con el tiempo, y a medida que tales sistemas perduraban en el tiempo, otro sector doctrinario, especialmente los tributaristas como Giuliani Fonrouge los consideraron constitucionales en tanto no había prohibición en la Constitución al respecto de donde no se advertía una colisión.

Para el profesor Germán J. Bidart Campos cabía realizar un distinción más sutil conforme a cada categoría de impuestos. De ese modo, la coparticipación era a su juicio constitucional en materia de impuestos indirectos donde la Nación y las provincias ejercitaban competencias concurrentes, en tanto que la misma resultaba, a su criterio, inconstitucional en materia de impuestos directos donde la Nación había usurpado competencias provinciales. Siendo la Constitución el orden público supremo, no correspondería dejar de lado los criterios de reparto de la norma fundamental por acuerdo entre partes sobre aquellas materias en que no tienen competencia legítima.

El impuesto directo a los réditos nunca salió de las arcas de la Nación sino que se quedó para siempre cambiando su nombre por el de impuesto a las ganancias, a lo que habría que agregar otros importantes tributos coparticipables, entre ellos el impuesto al valor agregado (IVA), principal fuente de recaudación del Tesoro nacional; inclusive las regalías provenientes de las explotación de los recursos naturales, propios de las provincias (conf. arts. 121 y 124 *in fine*, CN), se distribuyen desde el Estado central a los estados provinciales.

Las sucesivas leyes de coparticipación federal contribuyeron a acentuar el centralismo fiscal, que fue desdibujando cada vez más el debilitado federalismo argentino. En esa tendencia, los gobiernos *de facto*, que gobernaron y administraron centralizadamente el país, establecieron decretos de coparticipación que mejoraron la coparticipación federal de la Nación frente a la alícuota correspondiente a las provincias.

La recuperación de la democracia, a partir de 1983, permitió ir mejorando la posición de las provincias, alguna de ellas, como la provincia de Buenos Aires, resignaron su alícuota histórica aceptando un nivel más bajo para favorecer a las demás provincias en el reparto. En el año 1987 se sancionó la ley 23.548 que reemplazó a la anterior 22.021 y que mejoró sustancialmente la coparticipación primaria en favor del conjunto provincia, en términos cercanos al 50%.

Pero a partir de allí y especialmente por obra de la denominada reforma del Estado, comenzó a producirse una constante transferencia de actividades desde el Estado central a las provincias, sin la correspondiente contrapartida de recursos que desbalancearon, en la realidad, el equilibrio de la ley

de coparticipación. Esta situación, unida al grave déficit provincial como consecuencia de su alto endeudamiento originado en general por políticas estatistas sin disciplina fiscal, generaron la necesidad de celebrar "pactos" o "acuerdos" entre la Nación y las provincias como los denominados "pactos fiscales".

En algunos de estos acuerdos, las provincias llegaron a resignar la percepción de impuestos clásicamente provinciales como ingresos brutos y sellos contra una mayor distribución en materia de aportes de seguridad social; medida que buscaba entre otras cosas atender a los requerimientos del sector empresario contra el denominado "costo argentino".

El criterio acuerdista se vio favorecido, desde el punto de vista doctrinario, por el fortalecimiento de una tendencia denominada "federalismo cooperativo" o "federalismo de concertación" que, teniendo en mira el bien común general; promueve valoraciones solidarias sobre el bienestar general de las provincias evitando desigualdades y superando el criterio clásico anterior proveniente del derecho norteamericano del federalismo de confrontación, donde cada jurisdicción disputa y controla a las restantes.

Sobre ese contexto precedente, la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional, propuso entre los temas habilitados a tratar por la Convención Constituyente el "fortalecimiento del federalismo". De tal inclusión en el temario resultó el nuevo art. 124 que consagra la posibilidad de crear regiones para el desarrollo económico y social, así como la habilitación a las provincias para celebrar acuerdos internacionales que no interfieran con la política exterior de la Nación y la reivindicación del dominio de los recursos naturales.

También se modificó el art. 125 (ex 107) que incluyó a la seguridad social entre los "poderes concurrentes" y tiene especial importancia la inclusión del art. 123 que consagra la autonomía municipal, presente en muchas constituciones de provincia y que la Corte Suprema de Justicia había reconocido en el fallo "Rivademar v. Municipalidad de Rosario". La autonomía municipal pasa a ser un principio de rango constitucional en el derecho público argentino, aunque condicionado a los términos de cada Constitución provincial (conf. art. 5°, CN) que reglará su alcance y contenido "en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

8. Primacía del derecho federal. Prohibición de secesión

Los arts. 127 y 128, en buena medida, son una ratificación del principio de supremacía del derecho federal sobre el derecho público provincial que establece el art. 31, CN. También es una ratificación del modelo federal de Estado consagrado en el art. 1° ya que al señalar que las provincias no pueden declarar ni hacer la guerra a otra provincia y que deben someter sus di-

ferencias ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se está vedando el derecho de secesión, que es admisible en una confederación, mas no en un Estado federal.

No puede desconocerse, sin embargo, el valor histórico de un artículo que hoy puede parecer redundante, toda vez que las luchas civiles argentinas se caracterizaron precisamente por la presencia de caudillos alzados en armas al frente de montoneras o milicias provinciales. El sometimiento de los conflictos ante la Corte Suprema debe hacerse por la vía de su competencia originaria y exclusiva, prevista en el art. 117. La calificación de asonada o de sedición a un levantamiento armado provincial es uno de los supuestos que justifica la procedencia de la intervención federal en los términos del art. 6°, CN.

La disposición del art. 128 que considera a los gobernadores de provincia "*agentes naturales del Gobierno federal*" para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación, es otra derivación lógica del principio de supremacía. Sin embargo, fue muy resistida por Sarmiento quien lanzó fuertes críticas contra esto y contra la capitalización de Buenos Aires, que valoraba negativamente. Tales disidencias lo llevaron a oponerse con Alberdi sosteniendo en sus *Comentarios a la Constitución* que la Constitución histórica era copia de la estadounidense y que debía seguir la jurisprudencia norteamericana.

9. La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires

La Constitución Nacional ha incorporado un nuevo sujeto de derecho público en el ámbito constitucional argentino.

Decimos que estamos ante un nuevo sujeto de derecho público porque la Constitución de 1853 reconocía como tales al Estado federal, a las provincias y a los municipios, conforme estuvieran regulados en cada una de las constituciones provinciales. Fue en la reforma constitucional de 1994 que se consagró al "gobierno autónomo" de la ciudad de Buenos Aires, con facultades propias de legislación y jurisdicción, señalándose que la ciudad tendrá un "jefe de gobierno" elegido directamente por el pueblo de la misma y que el Congreso de la Nación debería convocar a elecciones de representantes para dictar el *Estatuto Organizativo de sus instituciones*, conforme está señalado en el art. 129, último párrafo, CN.

La inclusión de un régimen especial de autonomía para la ciudad de Buenos Aires formó parte del denominado Núcleo de Coincidencias Básicas originado en el Pacto de Olivos, previo a la reforma constitucional. Así, el punto F del art. 2°, ley 24,309, declarativa de la necesidad de la reforma, bajo el título "La elección directa del intendente y la reforma de la ciudad de Buenos Aires", establecía que: a) el pueblo de la ciudad elegiría directamente su jefe de gobierno; b) la ciudad sería dotada de un *status* constitucional

especial, que le reconocería autonomía y facultades propias de legislación y jurisdicción; y c) una regla especial garantizaría los intereses del Estado nacional mientras la ciudad sea capital de la República.

Se trató de una de las concesiones realizadas por el oficialismo a la oposición, a cambio de obtener el objetivo de la reelección presidencial. A pesar de los recelos del Poder Ejecutivo nacional en cuanto a ceder su jefatura inmediata y local de la Capital Federal, existía una corriente de opinión marcadamente mayoritaria hacia la ampliación de la autonomía porteña y la elección directa de su jefe de gobierno. Este último tema era objeto de especial reivindicación por parte de los porteños que aspiraban a poder elegir, democráticamente, a su intendente, y no tener al frente del Ejecutivo municipal a un "delegado" del presidente de la República.

Ya años atrás, un proyecto de ley para elegir al intendente porteño, impulsado por el entonces presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, doctor Jorge Reinaldo A. Vanossi juntamente con el diputado Ricardo Cornaglia, obtuvo media sanción en la Cámara de origen pero no logró obtener la aprobación del Senado. Una vez producida la reforma constitucional de 1994 y atento a lo dispuesto en el art. 129, la disposición transitoria decimoquinta estableció que el jefe de gobierno de la ciudad de Buenos Aires debía elegirse durante el año 1995. El plazo no se cumplió dentro del término establecido por la Constitución, dando lugar a planteos judiciales. Finalmente se convocó a elecciones para el 30 de junio de 1996, resultando electo el doctor Fernando de la Rúa como primer jefe de gobierno y el doctor Enrique Olivera como vice. En la misma fecha se eligieron los delegados a la asamblea estatuyente, quienes tuvieron a su cargo la sanción del presente Estatuto.

La tendencia hacia la consagración de una forma especial de autonomía encuentra fundamento también en una amplia corriente de opinión que se alimenta, en parte, por una tendencia doctrinaria y jurisprudencial en el campo jurídico favorable a la afirmación autonómica. Así, en el ámbito estrictamente municipal, la Constitución Nacional reformada en 1994 ha consagrado, en el art. 123, la "autonomía municipal", que se reglara dentro de cada Constitución provincial en cuanto a su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero. Los municipios no eran autónomos al sancionarse la Constitución de 1853, que aseguraba el "régimen municipal" en el art. 5°, pero la doctrina entendía que podían gobernarse (autarquía) pero no darse sus propias normas (autonomía). La autonomía era una facultad que sólo se reconocía a las provincias, La Constitución de Santa Fe de 1921, inspirada por Lisandro de la Torre, abrió el cauce de la autonomía municipal, extendiéndose en una nueva oleada en las constituciones de las nuevas provincias sancionadas después de la reforma constitucional de 1957 y en una segunda oleada que se produjo con la

reinstalación de la democracia a partir de 1983. Esa tendencia fue hecha expresa por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decidir en la causa "Rivademar v. Municipalidad de Rosario", doctrina que finalmente encontró buen puerto en el art. 123 de la Constitución Nacional reformada. Aun cuando el *status* otorgado por el art. 129, CN a la ciudad de Buenos Aires no es precisamente el de un municipio, bien puede afirmarse que la tendencia a la "autonomía" ha favorecido su ubicación institucional en un grado que la mayoría de la doctrina ubica como intermedio entre el *status* de los municipios y el de las provincias.

Esa consideración surge, *prima facie*, del análisis de los artículos de la Constitución Nacional que se refieren a la ciudad de Buenos Aires, donde puede advertirse que en algunos casos es asimilada en sus efectos a los municipios, y en otros, a las provincias (intervención federal, coparticipación, etc.). En todos los casos, la ciudad de Buenos Aires es objeto de consideración explícita, de donde resulta la singularidad de su situación.

En ese sentido cabe mencionar los arts. 44; 45; 54; 75, incs. 12, 30 y 31; 99, inc. 4°; 114; 115 y 124 del texto constitucional reformado. Por ejemplo, el agregado del inc. 31 del art. 75, por el que se faculta al Congreso nacional a disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires; la transferencia de la representación del Senado de la capital de la República a la misma ciudad, de los arts. 44 y 54; la inclusión específica del derecho de Buenos Aires a designar sus propios diputados, del art. 45; y la mención de un régimen especial para ella en materia de regionalización y celebración de convenios internacionales, del art. 124. Asimismo, la supresión del nuevo texto del antiguo art. 86, inc. 3°, que designaba al presidente de la Nación como jefe inmediato y local de la Capital.

En sentido inverso, el mantenimiento en el inc. 30 del art. 75, de la atribución de legislación exclusiva del Congreso nacional sobre el territorio de la Capital. Este artículo, en su inc. 12 mantuvo la estipulación de que, si bien continúa siendo atribución del Congreso nacional dictar los códigos de fondo y una legislación especial sobre determinadas materias, tales normas no alteran las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los "tribunales federales o provinciales", según las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones. De donde algunos autores fundamentan la creación de un Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires [751].

Sin perjuicio del ingrediente jurídico de la autonomía municipal, la vocación autonómica de Buenos Aires se fundamenta en una actitud participativa de su ciudadanía y una vocación democrática que se ha ido afirmando cada vez más desde 1983 a esta parte. Fiel reflejo de esa circunstancia lo

[751] BIELSA, Rafael A. - GRAÑA, Eduardo R., *Poder Judicial y autonomía de la Ciudad de Buenos Aires*, prólogo de Julio C. Cueto Rúa, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

constituye la parte dogmática de la Constitución porteña, afirmativa de un generoso catálogo en favor de las libertades, pero también de la justicia, la no discriminación, el desarrollo progresivo y el derecho a la diversidad. El Estatuto se asemeja mucho, desde ese punto de vista, a un texto constitucional, toda vez que no se limita a organizar el gobierno sino que también declara derechos fundamentales. Valga simplemente el hecho de recordar que algunas constituciones nacieron sin declaraciones de derechos y que el art. 16 de la declaración francesa de los *Derechos del Hombre y del Ciudadano* afirma que un pueblo donde no están consagradas las libertades fundamentales, ni existe separación de poderes carece de Constitución. Por interpretación contraria, debiera concluirse que este Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires es una Constitución desde el punto de vista material. En todo caso, las limitaciones surgen de textos con mayor jerarquía normativa, como es el caso de la Constitución Nacional, de donde nace la facultad de dictar este Estatuto (art. 129).

Bien se conoce que uno de los primeros actos de la asamblea que sesionó en la sede de la Biblioteca Nacional fue declarar la "autonomía plena" de la ciudad de Buenos Aires, declaración que, más allá de su confrontación con el derecho federal de orden superior, es demostrativa del espíritu democrático que inspiró a la estatuyente y que se tradujo en una labor de verdadera convención constituyente, tanto en su forma de organización y de trabajo como en los temas que fueron tratados en la parte dogmática y en la parte orgánica. Las discusiones sobre la invocación —o no— de Dios en el Preámbulo reflejan una dialéctica entre la intención de asegurar la mayor libertad (inclusive en el plano religioso) con los valores tradicionales de la sociedad porteña. La cultura, baluarte preciado de los porteños, ha sido objeto de especial consideración por el estatuyente, así como también la educación, valores sustanciales de Buenos Aires, de doloroso retroceso en el país durante los últimos años.

Se plantearon distintos problemas constitucionales a partir del texto dado por la reforma de 1994 al art. 129. Uno de ellos es consecuencia de hacer referencia a la ciudad de Buenos Aires, y no a la Capital Federal, como Sabsay y Onaindia entienden que debió hacerse [752]. La consecuencia directa de esa redacción al darle el *status* a la ciudad de Buenos Aires y no a la Capital Federal, es que si mañana Buenos Aires dejara de ser capital de la Nación conservaría, no obstante, la nueva situación autonómica. Esa situación hipotética es la que se hubiera producido si la Capital Federal hubiese sido trasladada a otro punto de la República, como estuvo proyectado años atrás. En tal sentido, es menester señalar que no ha sido derogada la ley 23.512 de

[752] SABSAY, Daniel A. - ONAINDIA, José N., *La Constitución...*, cit.

traslado de la Capital Federal a los territorios de Viedma, Carmen de Patagones y Guardia Mitre. Si bien puede hablarse de un *desuetudo* o pérdida de vigencia de la norma por falta de uso o aplicación real, el mantenimiento de la ley 23.512 por parte del Congreso de la Nación a pesar de haberse desistido oportunamente de ese proyecto, puede también ser interpretado como el mantenimiento de la intención política para el tiempo oportuno de su realización.

Los términos del art. 129 y las normas que en la Constitución Nacional refieren a la ciudad de Buenos Aires, plantearon un debate sobre cuál debía ser la extensión de la autonomía. Tal debate no fue inocente y, por cierto, los sectores del oficialismo gobernante a nivel nacional sostuvieron la idea de una autonomía restringida para Buenos Aires, comparable a un municipio, o apenas poco más que eso, en cambio, desde la oposición se escucharon las posiciones favorables a la más amplia autonomía. Desde la perspectiva del derecho ocurrió lo de siempre: la verdad se encuentra en un punto medio entre ambos extremos. No estamos de acuerdo, sin embargo, en denominar el *status* jurídico de la ciudad de Buenos Aires como el de una "ciudad-Estado", según se han pronunciado calificadas opiniones. Creemos que esa denominación es impropia ya que en nuestro sistema federal sólo es Estado el conjunto integrado por el territorio y la población de las provincias y de las secciones de competencia federal, con sus gobiernos respectivos. Desde un punto de vista estricto sólo es Estado quien tiene capacidad como sujeto de derecho internacional público. Las provincias son autónomas, pero al no ser propiamente sujetos de derecho internacional no son Estados; como sí lo serían, en cambio, las partes de una confederación pero no las de un Estado federal [753]. El término ciudad-Estado, aplicable a la *polis* griega, da la idea de Estado independiente, que no es el caso que aquí se refleja y tampoco son asimilables totalmente los estatutos de otras ciudades capitales en el derecho comparado.

Creemos que a partir de la reforma de 1994 se han establecido grados distintos del concepto clásico de autonomía: la de las provincias, la de la ciudad de Buenos Aires y la de los municipios que encuentra los límites de cada Constitución de provincia (arts. 5° y 123, CN). Los límites de la autonomía de Buenos Aires surgen de los artículos de la Constitución que hemos mencionado *ut supra*. El art. 129, CN estableció: *"La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción..."*. En el párrafo siguiente del mismo artículo se estableció que una ley garantizaría los intereses del Estado nacional mientras Buenos Aires siguiera siendo capital de la Nación, y el último párrafo señaló

753 Véase SPOTA, Antonio A., *Confederación...*, cit.

que el Congreso debía convocar a elecciones para dictar el *Estatuto Organizativo de sus instituciones*.

De ese modo, se sancionaron las leyes 24.588, de Garantía de los Intereses del Gobierno Nacional mientras Buenos Aires sea Capital de la Nación, denominada "Ley Cafiero" por referencia al senador autor del proyecto y la 24.620 de convocatoria a elecciones para elegir a los representantes que deberían sancionar el Estatuto Organizativo de las instituciones porteñas, denominada "Ley Snopek" por razones similares que la anterior. El caso es que ambas leyes fueron consideradas "restrictivas" de la autonomía por los partidos políticos de la oposición, en tanto pusieron limitaciones a las competencias de la ciudad autónoma que —según se ha considerado— irían más allá de las facultades otorgadas en la Constitución Nacional que incluye facultades de legislación y jurisdicción. En este último punto la ley 24.588 preserva a la "justicia común" o justicia nacional de la Capital Federal bajo el ámbito del Poder Judicial de la Nación, entre otros aspectos igualmente discutibles. También ha merecido críticas severas desde la oposición al gobierno nacional, el incumplimiento de los plazos establecidos en la disposición transitoria decimoquinta para la convocatoria a elección de jefe e gobierno y de elecciones para "estatuyentes".

La "Estatuyente" se reunió en sesión preparatoria el 19 de julio de 1996. Se aprobó su Reglamento en la sesión del 2 de agosto, oportunidad en que se le dio el carácter de Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires y se otorgó a los integrantes el trato y jerarquía de "convencionales constituyentes". Este solo hecho simbólico puede ser demostrativo del espíritu adoptado por la Asamblea desde sus inicios: el no sentirse limitados por las palabras entendiendo que sólo debían redactar un estatuto de instituciones, sino, por el contrario, desarrollar una verdadera tarea constituyente.

Más enfática aún ha sido, en el mismo sentido, la resolución aprobada el mismo 2 de agosto de 1996, donde se decidió: "1) Declarar que esta Asamblea Constituyente no conoce otros límites para su labor que no sean los que surgen de la Constitución Nacional (arts. 129 y concs.). 2) Rechazar por inconstitucional las limitaciones impuestas a la plena autonomía porteña por las leyes 24.588 y 24.620, en cuanto impongan restricciones al régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción establecidas en la Constitución Nacional. 3) Reivindicar la facultad de esta Asamblea Constituyente para fijar los modos y los plazos de la convocatoria a elecciones legislativas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 4) Dirigirse al Congreso de la Nación solicitando la urgente modificación de la ley 24.588, de Garantía de los Intereses del Gobierno Nacional, a fin de garantizar a la Ciudad de Buenos Aires la plena autonomía que establece el art. 129 de la Constitución Nacional".

Con ese espíritu inició su tarea la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires, que no se limitó a la organización de los poderes sino también dictó una rica parte dogmática que sigue los lineamientos de la Constitución Nacional reformada en 1994, especialmente en la impronta progresista que han marcado los denominados "nuevos derechos y garantías" y en los nuevos paradigmas introducidos en distintos incisos del art. 75, CN, verdadero núcleo axiológico de aquella reforma e 1994, como la "igualdad real de oportunidades" o el "crecimiento económico con justicia social", que sin perjuicio de reforzar los clásicos derechos y garantías del constitucionalismo decimonónico, recogen los aportes del Estado social de Derecho para ubicarse en un tiempo superador de aquellas corrientes donde el capitalismo y la economía de mercado adopten el rostro humano señalado por el constituyente de 1994 [754].

Desde un punto de vista técnico puede interpretarse que el texto porteño es muy declarativo, sobre todo en cuanto a normas programáticas, cuyo cumplimiento queda, en definitiva, supeditado al Estado (turismo, ciencia y técnica, etc.); también se nota la adopción de un léxico muy cuidadoso en el no establecimiento de discriminaciones entre los sexos. Y es allí donde aparece uno de los temas en que la intervención de los constituyentes alcanzó su mayor protagonismo: el referido a la no discriminación, como categoría superadora de la mera igualdad formal, y sobre todo la consagración de la diversidad o "el derecho a ser diferente". La interpretación de esta "Constitución" porteña no debe perder de vista las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución Nacional, ahora enriquecida desde la reforma de 1994 con los arts. 36 a 43. En esta materia coincidimos con la opinión de Bidart Campos cuando sostiene que la parte dogmática de la Constitución Nacional es un "mínimo" que las provincias (en este caso la Ciudad Autónoma), deben respetar, pero nada impide que ellas puedan ampliar esas declaraciones en favor de los derechos y garantías individuales. No podrían nunca, en cambio, restringirlas.

La Convención Constituyente de la ciudad de Buenos Aires ha establecido que el día de la jura de la Constitución porteña será el día de la autonomía. Es un grato símbolo para una democracia creciente que aspira a cumplir la más sabia de las reglas de la democracia: acercar las instituciones a la gente, como lo observara con agudeza Alexis de Tocqueville en *La democracia en América* al enfatizar la importancia de las instituciones locales.

[754] Véase DALLA VIA, Alberto R., "El ideario constitucional argentino", LL del 12/6/1995.

CAPÍTULO XXV

LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

La reforma de 1994 agregó en la parte final del texto constitucional diecisiete (17) disposiciones "transitorias". De modo que uno de los problemas constitucionales a dilucidar es cuál es el valor jurídico que corresponde asignarle a las mismas. Es decir, si tienen el mismo valor que el resto del articulado o si corresponde asignarles un contenido diferente.

Del mismo modo que el Preámbulo no integra el cuadro normativo de la Constitución, sino que sirve como pauta de interpretación, así también cabe señalar que las disposiciones transitorias son normas constitucionales, pero con efecto limitado por el plazo de su duración.

La "temporalidad" o "transitoriedad" es la limitación específica que muestran tales normas, de manera que son norma constitucional en tanto el respectivo plazo no se encuentre vencido. Una vez vencido dicho plazo, pierden su jerarquía constitucional. En algunos casos, las disposiciones transitorias se cumplieron respecto de los fines para las que fueron dispuestas, como ocurrió con las disposiciones transitorias cuarta y quinta, referidas a la forma de elección de los senadores nacionales, habida cuenta de la modificación del respectivo sistema electoral, así como las disposiciones transitorias novena y décima, referidas al mandato del presidente que entonces se encontraba en ejercicio.

Asimismo se cumplieron regularmente otras disposiciones transitorias vinculadas con la transición que la Constitución reformada imponía en distintas materias, como la duodécima, referida a la fecha en que comenzaría a regir la figura del jefe de Gabinete de Ministros, a partir del 8 de julio de 1995, y las disposiciones decimotercera y decimocuarta que previeron los plazos de transición de trescientos sesenta días para la actuación del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, conforme a los arts. 114 y 115, CN, respectivamente.

Otras disposiciones se cumplieron con alguna demora, como ocurrió con la ley de iniciativa popular que debía sancionarse dentro de los dieciocho meses desde la sanción de la Constitución, en orden a lo establecido en la disposición transitoria tercera, y la disposición transitoria decimoquinta en cuanto a la elección del jefe de gobierno porteño que también se demoró

algunos meses por circunstancias de carácter político relacionadas con la sanción del Estatuto Organizativo de las instituciones porteñas, que en realidad se manifestó en la sanción de una Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, circunstancia que se vincula con la disposición transitoria séptima referida al ejercicio de competencias locales por el Congreso de la Nación, en la medida en que hayan sido asumidas por la Constitución local.

La disposición transitoria undécima, referida al nuevo acuerdo que estableció la Constitución para los jueces federales que cumplan 70 años en el art. 99, inc. 4°. Dicha disposición, al igual que la disposición transitoria que fijaba un plazo de cinco años para tal vigencia, fue fulminada de nulidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Fayt", al interpretar que se había excedido el mandato del legislador al constituyente fijado en ley 24.309 y el principio de inamovilidad de los magistrados que se mantiene desde la Constitución histórica.

Más problemático resulta el caso de las disposiciones transitorias sexta y octava, la primera referida a la sanción de un nuevo régimen de coparticipación federal, se encuentra incumplida desde fines de 1996, en tanto que la disposición octava dispuso que la legislación delegada que no tenía plazo caducaría a los cinco años desde la sanción de la Constitución. La prórroga por ley de este último plazo plantea un problema de interpretación constitucional, ya que el Congreso puede prorrogar la vigencia de normas sujetas a plazo con una nueva sanción, pero aquí nos encontramos con un mandato del constituyente.

No hay duda de que las disposiciones transitorias conservan un importante valor moral por haber emanado del constituyente y hasta puede considerarse su carácter de obligación natural, pero en sentido estricto, cuando se trata de obligaciones sujetas a plazo, una vez vencido el mismo, la norma pierde su eficacia en cuanto a su jerarquía normativa.

Las disposiciones transitorias primera y segunda parecerían tener un carácter más bien declarativo, especialmente la primera en tanto *"La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional.*

"La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino".

El contenido de dicha declaración, de carácter reivindicativo, bien pudo haberse introducido en el texto de la Constitución, sin embargo, el carácter transitorio puede vincularse a la expectativa de la recuperación efectiva de territorios que se encuentran actualmente ocupados por Gran Bretaña en virtud de un acto de usurpación, ya histórico.

La disposición transitoria segunda, referida concretamente a garantizar la vigencia de la cuota de género u "cupo femenino" en sus niveles de una tercera parte de los cargos electivos, está relacionado con el carácter esencialmente temporario que tiene una medida destinada a revertir una discriminación histórico-cultural de las mujeres, hasta tanto la igualdad real de oportunidades haga plenamente efectivo el principio de igualdad ante la ley que consagra el art. 16 del texto constitucional.

Finalmente, las disposiciones transitorias decimosexta y decimoséptima se enmarcan en la tipología usual en ese tipo de disposiciones en las leyes y normas constitucionales, al referirse a su entrada en vigencia y juramento por las autoridades, así como al reemplazo del texto anterior.

Prólogo 9

CAPÍTULO I

HISTORIA CONSTITUCIONAL ARGENTINA

1. Breve remisión a los orígenes 13
2. Los proyectos de Constitución 15
3. La influencia de Benjamín Gorostiaga 18
4. La influencia de Mariano Fragueiro 20
5. El Proyecto constitucional de Pedro De Angelis 23
6. La influencia de Juan Bautista Alberdi 26
7. Las primeras interpretaciones doctrinarias 29
8. Los primeros doctrinarios: Alberdi, Sarmiento y Gorostiaga 32
9. Las polémicas doctrinarias 38
10. Los debates en las asambleas constituyentes de Buenos Aires 41
11. Las primeras cátedras de Derecho Constitucional 46
12. Las primeras tesis doctorales 51
13. Publicaciones y otros aportes 53
14. El orador de la Constitución 53
15. Las reformas constitucionales 55
16. La reforma reciente 61
17. La Constitución reformada no es una nueva Constitución 65

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Teoría de la Constitución 69
   1.1. El derecho constitucional en el orden jurídico y en la organización estatal. Su función 69
   1.2. El derecho constitucional como parte del derecho público 70
   1.3. El derecho constitucional y su aparición en la historia 72
   1.4. El contenido material del derecho constitucional 73
2. La Constitución política como realidad social 74
3. La Constitución jurídica del Estado como fuente principal del derecho constitucional 75
4. La Constitución escrita. La técnica constitucional 78
5. Clasificación de las constituciones 80
   5.1. Clasificación según los tipos de constituciones 82

6. Constitución. Poder y control. Supremacía de la Constitución 84
7. Constitución y reforma. Mutación constitucional 85
8. Las partes del derecho constitucional 87

CAPÍTULO III
EL PREÁMBULO Y LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

1. El Preámbulo 99
2. La parte dogmática de la Constitución Nacional 102

CAPÍTULO IV
EL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN

1. Estado y gobierno 107
1.1. Funciones del Estado. Función jurídica del Estado 107
1.2. Poder del Estado y formas de Estado 109
1.2.1. Estado confederal 110
1.2.2. Estado federal 111
1.2.3. El Estado unitario 111
1.3. El gobierno: teoría del gobierno 111
1.4. Formas de gobierno. Teorías clásicas, modernas y contemporáneas 114
1.4.1. Teorías clásicas 115
1.4.2. Edad moderna 117
1.4.3. Posiciones contemporáneas 119
2. Denominaciones oficiales del Estado argentino 119
3. Sostenimiento del culto católico, apostólico, romano 120
4. Capitalización de Buenos Aires 122
5. Los recursos en el sistema federal 125
5.1. Facultades impositivas del gobierno federal 126
5.2. Facultades impositivas de las provincias 127
5.3. Una cuestión conceptual: acerca de los impuestos directos e indirectos 129
6. Las constituciones provinciales 131
7. La intervención federal 133

CAPÍTULO V
EL TERRITORIO

1. Validez de los actos públicos y sentencias judiciales de una provincia en las demás 138
2. Igualdad entre los habitantes de las provincias 139
3. Nacionalización de las aduanas y de los derechos aduaneros 140
4. La libre circulación interior y el peaje 141
5. Libertad de navegación e igualdad de tratamiento portuario 149
6. Los ríos interiores 150
7. Posibilidad de crear nuevas provincias 152

CAPÍTULO VI
LA POBLACIÓN Y LOS DERECHOS

1. Los derechos de primera generación 155
1.1. Derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita 158
1.2. Derecho de navegar y comerciar 162
1.3. Derecho de asociarse con fines útiles 164
1.4. Derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio 167
1.5. El derecho a la educación 169
2. Ciudadanía y naturalización 171
3. Fomento de la inmigración europea 173
4. El constitucionalismo social 174
4.1. Protección del trabajo y asociación sindical 179
4.2. Los derechos gremiales 182
4.3. La seguridad social 184
5. La igualdad 188
5.1. Prohibición de compra y venta de personas 190
5.2. La igualdad real de oportunidades 191

CAPÍTULO VII
EL DERECHO DE PROPIEDAD

1. El derecho de propiedad, la libertad y la democracia 199
2. La inviolabilidad de la propiedad 201
3. La función social de la propiedad 203
4. La propiedad y la doctrina de la emergencia 207
5. La propiedad en el modelo neoliberal 211
6. La propiedad en la reforma constitucional de 1994 214
7. Los tratados sobre derechos humanos 217
8. La propiedad y sus garantías 218
9. Las garantías constitucionales en materia fiscal 220

CAPÍTULO VIII
LEGALIDAD Y DEBIDO PROCESO

1. El debido proceso adjetivo 229
2. El principio de legalidad 232
3. La libertad de conciencia y el principio de reparto 234
3.1. El principio de autonomía 237
3.2. Los límites de la conciencia 240
3.3. El contenido del derecho de conciencia 244
3.4. La interpretación del art. 19 248
4. El deber de defensa 250
4.1. Defensa y seguridad 252
4.2. La organización militar 256
5. El delito de sedición 261
6. El estado de sitio 267
7. El juicio por jurados 276

CAPÍTULO VIII
EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS

1. El art. 27 de la Constitución Nacional 279
2. Los tratados internacionales a partir de la reforma de 1994 281
3. El asiento jurídico de la decisión política en materia de relaciones internacionales 287
4. Diferentes tratados contemplados en la Constitución Nacional 290
   4.1. Simples tratados 292
   4.2. Tratados sobre derechos humanos específicamente enunciados en la Constitución 293
   4.3. Otros tratados sobre derechos humanos 294
   4.4. Tratados de integración 295
   4.5. Tratados celebrados por las provincias 296
   4.6. Acuerdos ejecutivos 297

CAPÍTULO X
SUPREMACÍA Y PODER CONSTITUYENTE

1. El principio de razonabilidad 299
2. El principio constitucional de claridad 301
3. La suma del poder público 306
4. El poder constituyente 307
5. Supremacía de la Constitución 310
6. Protección de la libertad de imprenta 314
7. Los derechos no enumerados 316
8. Incompatibilidades de los jueces de la Nación y de las provincias 317

CAPÍTULO XI
LOS NUEVOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS

1. El derecho de resistencia y la defensa del orden constitucional 319
2. Orígenes del *ius resistendi* 320
   2.1. La declaración de la independencia americana 322
   2.2. La Revolución Francesa 323
   2.3. El derecho a la resistencia en Iberoamérica 323
3. El derecho de resistencia en la doctrina argentina 323
4. Defensa del orden constitucional 326
5. El derecho público provincial 328
6. Los derechos políticos 330
7. Los sistemas electorales 331
8. El sufragio 335
9. Los partidos políticos 337
10. La iniciativa popular 342
11. El referéndum y el plebiscito 343
12. El derecho al ambiente y el sano equilibrio 344
    12.1. Distribución de competencias en materia ambiental 355
13. El rol del Estado en la defensa de la competencia 361
14. Regulación y control 363

15. Reforma constitucional y modelo estatal 367
16. El lenguaje normativo de la Constitución reformada 371
17. El Estado postbenefactor y la sociedad postindustrial 376
18. Las garantías constitucionales 377
    18.1. Amparo 377
        18.1.1. El amparo en la reforma constitucional 378
        18.1.2. El amparo colectivo 380
        18.1.3. Legitimación activa 380
        18.1.4. Extensión del amparo a derechos y garantías no constitucionales 386
19. El hábeas corpus 386
20. El hábeas data 391

CAPÍTULO XII
LA PARTE ORGÁNICA

1. El principio de limitación del poder 395
2. El imperio de la ley y el Estado de Derecho 398
3. Anomia y seguridad jurídica 400

CAPÍTULO XIII
EL PODER LEGISLATIVO

1. Organización del Poder Legislativo 410
2. Composición de la Cámara de Diputados 411
3. La instalación de los primeros congresos 412
4. Requisitos para ser diputado 413
5. Primera elección directa de diputados 413
6. Renovación de la Cámara de Diputados 414
7. Elección en caso de vacante 415
8. El privilegio de iniciativa en las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas 415
9. Juicio político: la acusación por la Cámara de Diputados 416
10. Composición del Senado 418
11. Requisitos para ser "elegido" senador 420
12. Duración del mandato de los senadores 421
13. El vicepresidente de la Nación 421
14. El presidente provisional del Senado 423
15. Actuación del Senado en el juicio político 423
16. Acuerdo del Senado para declarar el estado de sitio 424
17. Senadores suplentes 425
18. El derecho parlamentario 425
19. Sesiones ordinarias y extraordinarias 427
20. Prerrogativas y privilegios parlamentarios 428
21. Juicio sobre elecciones, derechos y títulos de sus miembros. Quórum 428
22. Sesiones simultáneas 429
23. Reglamento interno de cada Cámara. Facultades disciplinarias 430
24. Juramento 431
25. Inmunidad de opinión 432
26. La inmunidad de arresto 432
27. El desafuero 433

28. Las interpelaciones 433
29. Incompatibilidades de los parlamentarios 434
30. Prohibiciones para ser legislador 435
31. Remuneraciones de los legisladores 435

CAPÍTULO XIV

ATRIBUCIONES DEL CONGRESO

1. La cláusula del progreso y la cláusula del "nuevo progreso" 437
2. El desarrollo humano 440
3. Equilibrio territorial 442
4. Progreso económico con justicia social. Productividad de la economía nacional 444
5. Defensa del valor de la moneda 445
6. La coparticipación federal de impuestos 450
7. El presupuesto 458
8. Las competencias constitucionales en materia de deuda externa 460
9. El comercio interjurisdiccional 465
10. La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos 469
11. La jurisdicción internacional en materia de derechos humanos 476
12. Los tratados de integración 480
12.1. El derecho de la integración y el derecho comunitario "originario" y "derivado". El caso particular del Mercosur 487
13. Los poderes inherentes del Congreso 493

CAPÍTULO XV

DE LA FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LAS LEYES

1. El *law-making process* 495
2. La función legislativa en los sistemas presidencialista y parlamentario 497
3. La formación y sanción de las leyes en la Constitución de la Nación argentina 498
4. La iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo 502
5. El veto del Poder Ejecutivo 503
6. La delegación legislativa 505
7. Los reglamentos de necesidad y urgencia 507

CAPÍTULO XVI

LOS ORGANISMOS DE CONTROL

1. El problema de la corrupción 511
2. La auditoría general de la Nación 513
3. El defensor del pueblo 516

CAPÍTULO XVII

EL PODER EJECUTIVO

1. El sistema presidencialista 519
2. Antecedentes del presidencialismo argentino 522
3. El presidencialismo en la Constitución Nacional de 1853 528
4. El "hiperpresidencialismo" hegemónico 531

5. El Poder Ejecutivo en la reforma constitucional de 1994. La cuestión de la "reelección presidencial" 540
6. Requisitos para la elección del presidente y vicepresidente 546
7. Elección del presidente y vicepresidente 547

CAPÍTULO XVIII

EL PRESIDENTE Y LOS MINISTROS

1. Atribuciones del Poder Ejecutivo 551
2. La potestad reglamentaria 554
3. Acefalía presidencial 557
4. El gabinete y los ministros del Poder Ejecutivo 558
5. El jefe de Gabinete de Ministros 561

CAPÍTULO XIX

EL PODER JUDICIAL

1. La justicia y la política 567
2. Organización y competencia de la justicia federal 570
3. La composición de la Corte Suprema 572
4. El control de constitucionalidad 574
5. Rasgos generales del procedimiento 577
6. El *certiorari* y el *per saltum* 578
7. Garantía de los derechos y libertades fundamentales 586
8. Actos susceptibles de ser sometidos al control de constitucionalidad 587
9. El control de constitucionalidad en orden a la distribución territorial del poder 588
10. Control de constitucionalidad de partidos políticos y control de elecciones 590

CAPÍTULO XX

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. La interpretación constitucional 591
2. Las decisiones económicas de los jueces 604
3. La doctrina judicial de la emergencia 606
4. El tránsito de la emergencia a lo económico y social. El "poder de policía" ... 623
5. Del "poder de policía" al "estado de necesidad" 629
6. La anulación del derecho injusto 635

CAPÍTULO XXI

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

1. La designación y remoción de los magistrados 637
2. El Consejo de la Magistratura 639
3. El jurado de enjuiciamiento 644

CAPÍTULO XXII

EL MINISTERIO PÚBLICO

..... 647

CAPÍTULO XXIII

LA NACIÓN Y LAS PROVINCIAS

1. El art. 121 651
2. La preexistencia histórica de las provincias argentinas 652
3. Confederación y Estado federal 654
4. El federalismo argentino 656
5. Fortalecimiento del federalismo 658
6. La reforma constitucional de 1994 663
7. La autonomía municipal 668

CAPÍTULO XXIV

EL FEDERALISMO COOPERATIVO

1. El regionalismo 671
2. Poderes concurrentes 677
3. Tratados interprovinciales 678
4. Convenios internacionales que pueden celebrar las provincias 682
5. La "cláusula federal" en el Pacto de San José de Costa Rica y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 685
6. Los recursos naturales 689
7. Los recursos financieros 691
8. Primacía del derecho federal. Prohibición de secesión 697
9. La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires 698

CAPÍTULO XXV

LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

..... 705

Bibliografía 709