NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

Manual de derecho constitucional

CONSULTA EN SALA

ASTREA

OBRAS DE NUESTRO SELLO EDITORIAL

Alchourrón, Carlos E. y *Bulygin, Eugenio*: ***Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales.***

Ballester, Eliel C.*: *Derecho de respuesta. Réplica. Rectificación.

Bidart Campos, Germán J.*: *Teoría general de los derechos humanos.

Carrió, Genaro R.*: *Sobre los límites del lenguaje normativo.

Casas, Juan A. y ***Romero Villanueva, Horacio J.*: *Expropiación.*** Ley 21.499. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales. Calificación de utilidad pública. Sujetos de la relación. Objeto expropiable. Indemnización. Procedimiento judicial. Plazo de la expropiación. Retrocesión. Expropiación irregular.

Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Normas conexas de la Constitución nacional. Leyes 24.588, de garantía de los intereses federales, y 24.620, de convocatoria a elecciones. Introducción y comentario de ***Néstor P. Sagüés.***

Constitución de la Nación Argentina. Texto oficial de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994 ordenado por ley 24.430. Estudio comparativo con el articulado anterior. Tratados internacionales con jerarquía constitucional. Introducción y comentario de ***Néstor P. Sagüés.***

De la Fuente, Horacio H.*: *Orden público. Aplicación de oficio de las leyes de orden público. Sanciones por su violación. Nulidades.

Echave, Delia T.; ***Urquijo, María E.*** y ***Guibourg, Ricardo A.*: *Lógica, proposición y norma.***

Falcón, Enrique M.*: *Manual de derecho procesal. Gráficos ilustrativos. 2 tomos.

Ghersi, Carlos A.*: *Responsabilidad de los jueces y juzgamiento de funcionarios. Deberes del juez. Ejecución irregular del servicio de justicia. Funcionarios policiales. Empresas del Estado.

EDITORIAL ASTREA
Lavalle 1208
C1048AAF - Ciudad de Buenos Aires

BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO VEINTIUNO

MANUAL
DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

CUIDA
LOS LIBROS
NO SUBRAYES, MALTRATES
NI MUTILES ESTE MATERIAL.

LOS PRESTAMOS
SON PERSONALES

ESTA BIBLIOTECA NO SE
RESPONSABILIZA POR LA
REPRODUCCION TOTAL O
PARCIAL QUE EFECTÚE EL
BENEFICIARIO DEL PRESTAMO

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

Manual de derecho constitucional

EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
CIUDAD DE BUENOS AIRES
2007

PRÓLOGO

Este *Manual de derecho constitucional*, que sintetiza el contenido de los anteriores *Elementos de derecho constitucional*, publicados en tres ediciones, están pensados, preferentemente, para uso de los estudiantes universitarios de derecho. Ello explica su brevedad y la eliminación de citas bibliográficas. Respecto de las jurisprudenciales, se utilizan las estrictamente necesarias, sin pretender de ningún modo agotarlas. La referencia a *Fallos*, muy frecuente en el texto, remite a la colección de "Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación".

El contenido de los programas de derecho constitucional varía sensiblemente; en algunas universidades la asignatura se desarrolla en un año lectivo, en otras en dos y algunas le dedican nada más que un cuatrimestre, alternativa por cierto no recomendable. Es obvio, entonces, que un texto no puede satisfacer adecuadamente al mismo tiempo todas esas variables, y cabe alertar sobre tal problema.

La obra está estructurada en tres partes. La primera trata de la *teoría de la Constitución*, tiene por objeto presentar el derecho constitucional, en cuanto sus orígenes, dimensiones, metodología y fuentes. La segunda refiere al *estatuto del poder* y desarrolla la estructura y las competencias del Estado argentino. Finalmente, la parte tercera está dedicada al *estatuto de los derechos*, es decir, a los deberes, facultades y garantías de las personas y del pueblo.

Antes que exponer teorías y desarrollar exhaustivamente los temas –tarea propia de un tratado y no de un manual como éste–, he optado por exponer el derecho constitucional argentino según su vigencia real, de acuerdo con la experiencia que surge, princi-

palmente, de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del derecho consuetudinario.

Un tratamiento más amplio de la disciplina lo hago en mi *Derecho constitucional*, en tres tomos, actualmente en prensa por este mismo sello editorial, y al que, por lo demás, remito al lector.

La presente edición actualiza el texto en función de la reforma constitucional de 1994. Particularmente se intenta aclarar el sentido de la enmienda, según los propósitos del constituyente, esbozados por lo común en los informes de los despachos mayoritarios. Según conocida y reiterada jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, la finalidad de la norma –de acuerdo con la intención de su autor– es la que debe presidir la interpretación de las reglas jurídicas.

Asimismo, esta entrega, a más de reseñar novedosos y a la vez polémicos pronunciamientos de la Corte Suprema sobre temas muy relevantes de la disciplina, incorpora las recientes reglamentaciones legislativas del Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento y los decretos de necesidad y urgencia, entre otros dispositivos de la Constitución.

Debo formular un reconocimiento muy especial al doctor Oscar R. Puccinelli, por los apéndices de sistematización de los derechos provenientes del ámbito internacional, y a los doctores Leticia Bourges, Sebastián R. Franco y Alberto A. Nanzer, por la revisión del material jurisprudencial y legislativo.

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

ÍNDICE GENERAL

Prólogo VII

PARTE PRIMERA

TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONSTITUCIONALISMO

A) INTRODUCCIÓN. PRECONSTITUCIONALISMO

§ 1. El derecho constitucional, producto del constitucionalismo 3
a) Aspectos formales 3
b) Aspectos de contenido 3
§ 2. Situación previa al constitucionalismo 3

B) ETAPA PRIMERA: EL CONSTITUCIONALISMO INDIVIDUALISTA Y LIBERAL

§ 3. Concreciones 4
a) Revolución Inglesa 4
b) Revolución estadounidense 5
c) Revolución Francesa 5

§ 4. Bases ideológicas 5
§ 5. Resultados 6

C) Etapa segunda: constitucionalismo del Estado social de derecho

§ 6. Introducción. Crisis del constitucionalismo individualista-liberal 8
a) Crisis de libertad 8
b) Crisis de igualdad 8
c) Crisis de justicia 9
§ 7. Concreciones 9
a) El constitucionalismo neoliberal-social 9
b) El constitucionalismo marxista 9
c) El constitucionalismo corporativo 10
§ 8. Bases ideológicas 10
a) Concepto positivo de libertad 10
b) Concepto sustancial de la igualdad 10
c) Participación política 10
d) Dignificación ética y política del trabajo y de los trabajadores 10
e) Función social de la propiedad 10
f) La dignidad de vida como meta gubernativa 11
g) La solidaridad como deber jurídico 11
h) Justicia social 11
i) Intervencionismo estatal 11
§ 9. Enunciados normativos 11
§ 10. Resultados y replanteo crítico del constitucionalismo neoliberal-social 13
§ 11. Constitucionalismo marxista 14
§ 12. Constitucionalismo corporativo 15
§ 13. Constitucionalismo actual. Perspectivas. Neoconstitucionalismo 15

Capítulo II

DERECHO CONSTITUCIONAL. CARACTERES, DIMENSIONES Y DESARROLLO

A) Concepto

§ 14. Noción 19

§ 15. Denominación 20
§ 16. Partes 20
a) Derecho constitucional particular 20
b) Derecho constitucional comparado 20
c) Derecho constitucional general 20
d) Derecho constitucional internacional 20
§ 17. Principios específicos 20
a) Principio de fundamentalidad 20
1) Subprincipio de organización 21
2) Subprincipio de distribución 21
3) Subprincipio de responsabilidad 21
4) Subprincipio de finalidad 21
b) Principio de totalidad 21
c) Principio de perdurabilidad 21
d) Principio de supremacía 21
e) Principio de funcionalidad 22
1) Subprincipio de eficacia 22
2) Subprincipio de cooperación 22
3) Subprincipio de persistencia 22
4) Subprincipio de adaptación 23
f) Principio ideológico: el Estado social de derecho 23
§ 18. Futuro de la disciplina 23
§ 19. Conexiones 23
a) Derecho político 23
b) Derecho público 24
c) Derecho internacional 24
d) Derechos infraconstitucionales 24

B) Desarrollo académico

§ 20. Origen de las cátedras de derecho constitucional 24
§ 21. Inicios en la Argentina 25
§ 22. Principales etapas 25

C) Dimensiones

§ 23. Dimensión normativa 26
a) Normas de derecho constitucional primario 26
b) Normas de derecho constitucional secundario 26
§ 24. Dimensión fáctica 26
§ 25. Dimensión axiológica 27
§ 26. Visión integral de las tres dimensiones 27

D) Derecho constitucional y derecho de clase

§ 27. Introducción 27
§ 28. Derecho positivo 28
a) Silencio 28
b) Concepción pluriclasista 28
c) Condena de la lucha de clases 28
d) Concepción pluriclasista, pero con clase protegida 28
e) Estado pluriclasista, pero con vocación monoclasista 28
f) Estado monoclasista 28
§ 29. Teoría del derecho constitucional como derecho de clase 29
§ 30. Teoría del derecho constitucional como derecho no clasista o supraclasista 29
§ 31. Evaluación 29

Capítulo III

METODOLOGÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

§ 32. Introducción 31

A) Dimensión normativa

1) Pautas de establecimiento de normas

§ 33. Distintos tramos. Establecimiento y aplicación de la norma constitucional 31
§ 34. Reglas preliminares. Gestación de la norma constitucional . 31
a) Observación de los hechos 31
b) Planteo de la demanda normativa 32
c) Recopilación de datos 32
d) Formulación de alternativas 32
e) Adopción de la decisión 32
§ 35. Reglas de formulación. Lenguaje constitucional 32
a) Claridad del vocabulario constitucional 32

b) Sintaxis 32
c) Estilo 32
d) Tiempo verbal 33
§ 36. Arquitectura constitucional 33
a) Unicidad o dispersión 33
b) Partes de la constitución 33
c) División y articulado 33
§ 37. Reglas de contenido 34
a) No confundir los roles 34
b) No mentir 34
c) No ignorar 34
d) No copiar 34

2) Pautas de funcionamiento de la norma constitucional

a) Interpretación

§ 38. Introducción. Etapas 34
§ 39. Interpretación de la norma constitucional. Dificultades 35
§ 40. Áreas con conflictos superados en materia de interpretación. Interpretación sistemática "versus" interpretación asistemática 35
§ 41. Interpretación histórica "versus" interpretación literal 37
§ 42. Interpretación extensiva y restrictiva 37
§ 43. Interpretación estática "versus" interpretación dinámica 38
§ 44. Áreas con conflictos pendientes. Interpretación mutativa 38
§ 45. Bases ideológicas de la interpretación mutativa 39
§ 46. Evaluación 40
§ 47. Interpretación previsora 40
§ 48. Conclusión. Los valores en la interpretación constitucional 41
§ 49. Interpretación del derecho informal 41

b) Determinación

§ 50. Concepto 42
§ 51. Determinación por reglamentación 42
a) Necesaria 42
b) Opcional 42
c) Prohibida 42
§ 52. Determinación por precisión 43

c) Integración

§ 53. Concepto. Lagunas y seudolagunas 43
a) Lagunas ya cubiertas por el derecho constitucional consuetudinario 43
b) Lagunas infraconstitucionales 43
c) Imperfecciones constitucionales 43
d) Lagunas constitucionales y lagunas institucionales 44
e) Prohibiciones constitucionales 44
§ 54. Lagunas constitucionales de tipo histórico 44
§ 55. Lagunas constitucionales de tipo axiológico 44
§ 56. Problemas de la integración. El sujeto integrador 44
a) Poder constituyente 44
b) Poderes constituidos 44
§ 57. Los mecanismos de integración 45
a) Autointegración 45
b) Heterointegración 45

d) Aplicación

§ 58. Concepto y operadores 45

B) Dimensión existencial

§ 59. El comportamiento constitucional 45
§ 60. Etapas y técnicas de la investigación empírica 46
§ 61. Análisis de la dimensión fáctica en el derecho constitucional argentino 46

C) Dimensión axiológica

§ 62. Introducción 47
§ 63. Función de los valores constitucionales 47
§ 64. Vías y métodos de acceso a los valores 48
§ 65. Método del fraccionamiento 48
a) Obstáculos derivados del factor tiempo 48
b) Obstáculos derivados del factor espacio 49
c) Obstáculos derivados de la naturaleza humana 49
d) Obstáculos derivados de la generalidad de las normas 49

§ 66. Método de las generalizaciones 49
§ 67. Método de las comparaciones 49
§ 68. Método de las compensaciones 50
§ 69. Método de las variaciones 50

Capítulo IV

FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

A) Introducción

§ 70. El problema de las "fuentes" del derecho constitucional 51
a) Fuentes de constancia 51
b) Fuentes materiales 51
§ 71. Fuentes de constancia. Distintos tipos de normas constitucionales 51

B) La constitución formal

1) Consideraciones generales

§ 72. La constitución oficial 52
a) Rigidez 52
b) Escrituralidad 53
§ 73. Nombre 53
§ 74. Contenido. Estructura de poder de derechos y de valores .. 53
§ 75. Ideología 54
a) Ideologismo expreso 54
b) Ideologismo encubierto 54
§ 76. Partes de la constitución 54
§ 77. Entrada en vigor 54
§ 78. Conflictos de normas constitucionales con relación al tiempo. Normas preexistentes 54
§ 79. Reformas constitucionales 55
§ 80. Normas de derecho ordinario 55
a) Tratamiento expreso. Derogación 55
b) Confirmación 55

c) Adaptación 55
d) Silencio constitucional 55

2) Clasificación de las constituciones y de sus normas

§ 81. Constituciones democráticas, autocráticas y mixtas 55
§ 82. Constituciones codificadas, no codificadas e intermedias 56
§ 83. Constituciones cortas y constituciones extensas 56
§ 84. Constituciones totalitarias, autoritarias y de poder moderado 57
§ 85. Constituciones definitivas y de transición 57
§ 86. Constituciones eficaces e ineficaces 58
a) Constitución retratista 58
b) Constitución contrato 58
c) Constitución promesa 58
§ 87. Clasificación de las normas constitucionales. Normas "fieles" e "infieles" 58
§ 88. Normas regulares y de excepción 58
§ 89. Normas generales e individuales 59
§ 90. Normas principales y normas auxiliares 59
§ 91. Normas de organización y de conducta 59
§ 92. Normas de procedimiento y de contenido 59
§ 93. Normas vigentes y no vigentes 60
§ 94. Plano sociológico 60
a) Utopismo 60
b) Gatopardismo 60
c) Demagogia 61
d) Plagio 61
e) Multiformismo 61
f) Antilegalismo 61
g) Antigüedad 61
h) Detallismo 61
§ 95. Normas declarativas y programáticas 61
a) Declarativas 61
b) Programáticas 62
1) Teoría de la ineficacia 62
2) Teoría de la eficacia 62
3) Teoría de la eficacia parcial 62
§ 96. Problemática de la inconstitucionalidad por omisión 62
§ 97. Normas operativas. Permisivas, preceptivas y prohibitivas; irrestrictas y de eficacia restringida 64
a) Permisivas 64

b) Preceptivas 64
c) Prohibitivas 64
d) Irrestrictas 64
e) De eficacia restringida 65

3) Poder constituyente

§ 98. Establecimiento. Reforma, suspensión y extinción de la constitución. Poder constituyente 65
§ 99. Tipos de poder constituyente, "interno" y "externo" 65
§ 100. Poder constituyente "originario" y "derivado". Distinción .. 65
a) Poder constituyente originario 65
b) Poder constituyente derivado (o constituido) 66
§ 101. Competencia ("potencia") jurídico-política del poder constituyente originario 66
a) Topes fácticos 66
b) Topes normativos 66
c) Topes axiológicos y de derecho natural 67
§ 102. "Titularidad" y "ejercicio" del poder constituyente 67
§ 103. Operadores ("ejercitadores") del poder constituyente originario 67
a) Sistema monocrático 68
b) Sistema múltiple (policrático) 68
§ 104. Legitimidad del poder constituyente originario 68
§ 105. Responsabilidad interna del Estado nacional por el ejercicio del poder constituyente 68
§ 106. Responsabilidad internacional 69
§ 107. Poder constituyente derivado o "constituido" 69
§ 108. Poder "preconstituyente" y poder "constituyente" derivado .. 69
a) Poder de declaración 70
b) Poder de regulación 70
§ 109. Órganos del poder constituyente derivado 70
a) Sistema de la "convención" o "asamblea constituyente" 70
b) Sistema del Poder Legislativo 70
c) Sistema del referéndum 70
d) Otros mecanismos 70
§ 110. Límites de contenido 71
a) Externos 71
b) Internos 71
§ 111. Límites de lugar 72
§ 112. Límites de tiempo 72

§ 113. Límites de procedimiento 72
a) Constitucionales 72
b) Dictadas por el propio poder constituyente 72
c) Dictadas por el poder preconstituyente 72
§ 114. Inconstitucionalidad de las decisiones del poder constituyente derivado. Problemática de su judiciabilidad 73
§ 115. Consecuencias de la infracción a los topes del poder constituyente derivado 73
a) Topes externos 73
b) Topes internos 74
§ 116. Legitimidad del poder constituyente derivado 74
§ 117. Responsabilidad jurídica del Estado por el ejercicio del poder constituyente derivado 74
a) Reforma constitucional (válida) 74
b) Reforma inconstitucional (o contraria al derecho natural) 75
§ 118. Poder constituyente provincial, regional y municipal 75
§ 119. Sanción y promulgación de la constitución 75
§ 120. Suspensión de la constitución. Suspensión constitucional 76
§ 121. Suspensión inconstitucional 76
§ 122. Extinción de la constitución 76
§ 123. Casos de incertidumbre sobre la vigencia de la constitución 77

C) Otras fuentes del derecho constitucional

§ 124. Introducción 77
a) De derecho constitucional formal 77
b) De derecho constitucional informal 78

1) Derecho constitucional formal primario

§ 125. Leyes constitucionales 78
§ 126. Leyes constitucionalizadas 78
§ 127. Leyes cualificadas 78

2) Derecho constitucional formal secundario

§ 128. Leyes reforzadas 79
§ 129. Otros tipos de normas 79
a) Leyes dictadas por el poder constituyente 80
b) Leyes especiales 80

c) Leyes ordinarias 80
d) Leyes de base (o "cuadro") 80
e) Resoluciones legislativas 80
f) Normas del Poder Ejecutivo 80
g) Normas del Poder Judicial y de los órganos de la jurisdicción constitucional 80
h) Normas de derecho provincial y regional 81
§ 130. El "bloque de la constitucionalidad" 81

3) Normas sobre derecho internacional

§ 131. Introducción 82
§ 132. Reglas constitucionales de elaboración de normas de derecho internacional ("power to make") 82
§ 133. Ejecución (nacional) de los tratados ("power to enforce") 83
§ 134. Derogación, denuncia, modificación y suspensión de los tratados 83
§ 135. Incorporación de los tratados internacionales al derecho interno 83
a) Doctrina de la "transformación" o de la "adopción" 83
b) Doctrina de la "bivalencia" 83
c) Doctrina de la constitucionalización 84
§ 136. Directrices constitucionales en materia de contenido de los tratados 84
§ 137. Relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional: dualismo y monismo 84
§ 138. Admisión constitucional del derecho internacional 85
§ 139. Cotización constitucional de los tratados. El tratado como ley 85
§ 140. El tratado, superior a la ley, pero inferior a la constitución 85
§ 141. Supremacía del tratado sobre la constitución. Distintas alternativas 85
a) Doctrina de la "buena fe" y del "pacta sunt servanda" ... 86
b) Doctrina de la armonía 86
c) Admisión constitucional expresa 86
d) Transferencia de competencias nacionales a organismos supranacionales 86
§ 142. Problemática de los Estados federales 87
§ 143. Validez y eficacia de los tratados internacionales en la Convención de Viena sobre los Tratados 87
§ 144. Recapitulación 88

4) Derecho informal

§ 145. Introducción. Derecho consuetudinario constitucional y derecho repentino 88
§ 146. Derecho consuetudinario, prácticas y usos constitucionales 89
§ 147. Formación de la costumbre constitucional. Sus autores 89
§ 148. El tiempo. Diferencia entre costumbre y derecho repentino 89
§ 149. Publicidad y prueba de la costumbre 90
§ 150. Tipos de costumbre: "secundum", "præter" y "contra constitutionem" 90
a) "Secundum constitutionem" 90
b) "Præter constitutionem" 90
c) "Contra constitutionem" 91
§ 151. Valor del derecho informal 91
§ 152. Enfoque legal-formalista 91
§ 153. Enfoque fáctico 91
§ 154. Evaluación. Rol constituyente de la costumbre 91
§ 155. Derogación del derecho constitucional consuetudinario (y repentino) 92
a) Derogación del derecho informal por el propio derecho informal 92
b) Derogación del derecho informal por el derecho formal 92
§ 156. Legitimidad de la costumbre constitucional 92

5) Normas extranjeras

§ 157. Derecho extranjero y comparado 93
§ 158. La normativa extranjera y la "heterointegración" 93
§ 159. Semejanza con constituciones extranjeras 93

6) Derecho natural

§ 160. Derecho natural y derecho constitucional 94
§ 161. La cuestión en nuestro país 94

7) Principios de derecho

§ 162. De derecho positivo emergentes de la propia constitución 94
§ 163. Basados en normas legislativas 94

§ 164. Generales del derecho 94
§ 165. Específicos del derecho constitucional 95
§ 166. Del derecho internacional 95

8) Doctrina

§ 167. Fuente del derecho constitucional 95
§ 168. Casuística 95

9) Derecho judicial

§ 169. El valor de los fallos de la magistratura constitucional 96
§ 170. Características de sus resoluciones 96

Capítulo V

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

§ 171. Introducción 98
§ 172. Condiciones 99
§ 173. Clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad 99
§ 174. En función de la admisión del control: sistemas "positivos" (completos e incompletos) y "negativos" 101
§ 175. En función de los órganos de control. Control judicial. Sistema del "control difuso" 101
§ 176. Control judicial especializado: el "fuero constitucional" ... 101
§ 177. Sistemas mixtos 102
§ 178. Sistemas no judiciales. Control parlamentario 102
§ 179. Control ejecutivo 103
§ 180. Control por el electorado 103
§ 181. Control por órganos sui generis 103
a) Portugal. El Consejo de la Revolución 103
b) Irán. Consejo de los Custodios 103
c) Francia. Consejo Constitucional 103
§ 182. Control nacional y control supranacional 104
§ 183. Órganos de control letrados, legos y mixtos 104

§ 184. Clasificación de los sistemas en razón del procedimiento de control. Según el momento: control preventivo, reparador y mixto 105
a) Preventivo 105
b) Reparador 105
c) Mixto 105
§ 185. Según el modo de articular la impugnación de inconstitucionalidad: control abstracto y control concreto 105
a) Control abstracto 105
b) Control concreto 106
§ 186. Control condicionado e incondicionado 106
§ 187. Según los sujetos autorizados a impulsar el trámite: control restringido, amplio, amplísimo y automático 106
§ 188. Según el radio de cobertura: total o parcial 107
§ 189. En función del efecto del control: sistemas no decisorios y decisorios. Inconstitucionalidades relativas y evolutivas .. 107
§ 190. Sistemas retroactivos y no retroactivos 108
§ 191. Sentencias constitucionales. Evaluación 108

Parte Segunda

ESTATUTO DEL PODER EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Capítulo VI

PROCESO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

§ 192. Etapas 113

A) Período hispánico

§ 193. Instituciones peninsulares 113
§ 194. Organismos en América 113
§ 195. Evaluación 114

B) Período patrio

§ 196. Tramos fundamentales 114

1) Constitucionalismo precario y transitorio

§ 197. Notas principales 114
§ 198. La Primera Junta y sus reglamentos 115
§ 199. Proyecto (o traducción) constitucional de Mariano Moreno 115
§ 200. Junta Grande (o Conservadora) 115
§ 201. Reglamento sobre la libertad de imprenta 115
§ 202. Creación del Triunvirato 115
§ 203. Reglamento de la división de los poderes (1811) 116
§ 204. Disolución de la Junta Grande 116
§ 205. Estatuto Provisional del Gobierno Superior de las Provincias Unidas del Río de la Plata (1811) 116
§ 206. Decretos sobre libertad de imprenta y seguridad individual 116
§ 207. Constitución de Cádiz 116
§ 208. Revolución del 8 de octubre de 1812. Segundo Triunvirato 117
§ 209. Asamblea General Constituyente de 1813. Obra institucional 117
a) El estatuto del Poder Ejecutivo delegado 117
b) Leyes constitucionales 117
c) Creación del Directorio 117
§ 210. Proyectos constitucionales 117
a) Proyecto de la Comisión Oficial 117
b) Proyecto de la Sociedad Patriótica 118
c) Proyecto anónimo (o "de la Asamblea Constituyente", según Seco Villalba) 118
d) Proyecto federal 118
§ 211. Disolución de la Asamblea de 1813. Nueva estructura estatal 118
§ 212. Estatuto Provisional para Dirección y Administración del Estado (1815) 118
§ 213. Congreso de Tucumán. Declaración de la Independencia 119
§ 214. Estatuto Provisional de 1816 119
§ 215. Traslado del Congreso Constituyente a Buenos Aires. Reglamento Provisorio del 3 de diciembre de 1817 119

§ 216. Constitución de las Provincias Unidas de Sudamérica (1819) 119
§ 217. Disolución del Gobierno nacional 120
§ 218. Tratados del Pilar y de Benegas. Congreso de Córdoba .. 120
§ 219. Tratado del Cuadrilátero. Instalación del Congreso General 121
§ 220. "Leyes fundamentales" del Congreso Constituyente 121
§ 221. Constitución de la República Argentina (1826) 121
§ 222. Rechazo de la Constitución de 1826. Disolución de las autoridades nacionales 122
§ 223. Convención Nacional de Santa Fe (1828-1829) 122

2) Constitucionalismo inorgánico

§ 224. Introducción. El Pacto Federal 122
§ 225. Estructura institucional de la Confederación Argentina 122

3) Constitucionalismo orgánico

§ 226. Introducción 123
§ 227. Antecedentes de la Constitución de 1853. Protocolo de Palermo. Acuerdo de San Nicolás 123
§ 228. El Congreso Constituyente de 1852-1853 124
§ 229. Constitución de la Confederación Argentina (1853). Fisonomía e ideología 125
§ 230. Tareas complementarias y disolución del Congreso Constituyente. Instalación de los poderes constituidos 126
§ 231. Suspensión parcial de la Constitución de la Confederación Argentina 126
§ 232. Reunificación del país. Pacto de San José de Flores 127
§ 233. Reforma constitucional de 1860. Su inconstitucionalidad 127
§ 234. Constitución de la Nación Argentina (1853-1860) 128
§ 235. Vigencia, reformas, suspensiones, sustituciones y restauraciones de la Constitución de 1853-1860 128
a) Reformas 128
b) Períodos de vigencia global 128
c) Períodos de suspensión parcial 128
d) Sustitución (o cambio) de la Constitución 128
e) Restauración 128
§ 236. Primera suspensión parcial de la Constitución (1860-1863) 130
§ 237. Vigencia global (1863) 131

§ 238. Reforma constitucional de 1866 131
§ 239. Convocatoria (frustrada) a reforma constitucional (1880) .. 131
§ 240. Reforma constitucional de 1898 131
§ 241. Segunda suspensión parcial de la Constitución (1930-1932) 131
§ 242. Vigencia global (1932) 132
§ 243. Tercera suspensión parcial (1943-1946) 132
§ 244. Vigencia global (1946) 132
§ 245. Sustitución constitucional de la Constitución de 1853-1860. Constitución de 1949 132
§ 246. Convocatoria (frustrada) a reforma constitucional (1955) .. 133
§ 247. Suspensión parcial de la Constitución de 1949 (1955) 134
§ 248. Sustitución inconstitucional de la Constitución de 1949. Restauración y cuarta suspensión parcial de la Constitución de 1853-1860 134
§ 249. Reforma constitucional de 1957 135
§ 250. Vigencia global (1958) 135
§ 251. Quinta suspensión parcial de la Constitución (1962-1963) 135
§ 252. Vigencia global (1963) 136
§ 253. Sustitución inconstitucional de la Constitución de 1853-1860 (1966-1973) 136
a) Normas de facto 136
b) Estructura de poder 136
§ 254. Estatuto Fundamental de 1972 137
§ 255. Restauración y sexta suspensión parcial de la Constitución (1973-1976) 138
§ 256. Sustitución inconstitucional de la Constitución de 1853-1860 (1976-1983) 138
§ 257. Restauración global de la Constitución de 1853-1860 139
§ 258. Reforma constitucional de 1994 140
§ 259. Ley 24.430. Dos versiones de la Constitución nacional .. 142

C) Derecho público provincial

1) Caracterización

§ 260. Primer ciclo. Constitucionalismo inicial 143
§ 261. Segundo ciclo. Constitucionalismo alberdiano 143
§ 262. Tercer ciclo. Constitucionalismo liberal posterior a la reunificación nacional 144

§ 263. Cuarto ciclo. Constitucionalismo social 144
a) Constitucionalismo social de vanguardia 144
b) Constitucionalismo justicialista 144
c) Constitucionalismo "de las nuevas provincias" 144
d) Constitucionalismo contemporáneo 144

2) Constituciones provinciales

§ 264. Enumeración y modificaciones 145

Capítulo VII

FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

§ 265. Introducción 149

A) Derecho constitucional formal primario (Constitución de 1853-1860)

§ 266. Valor y textos de la Constitución 149
§ 267. Antecedentes de la Constitución 150
a) Fuentes normativas primarias 150
b) Fuentes normativas secundarias 151
c) Fuentes doctrinales 151
§ 268. Características de la Constitución 151
a) Dispersa 151
b) Extensa 152
c) Cronológicamente mixta 152
d) Relativamente rígida 152
§ 269. Fines de la Constitución. Preámbulo 152
a) Constituir la unión nacional 153
b) Afianzar la justicia 153
c) Consolidar la paz interior 153
d) Proveer a la defensa común 153
e) Promover el bienestar general 153
f) Asegurar los beneficios de la libertad 153

§ 270. Fines extrapreambulares 153
a) Afianzamiento de las relaciones con las naciones extranjeras (artículo 27) 153
b) Progreso y prosperidad 153
c) Políticas de protección 154
d) Políticas territoriales 154
§ 271. Jerarquía de los fines de la Constitución 154
§ 272. Ideología. Los valores de la Constitución 154
a) Techo ideológico liberal individualista 156
b) Techo neotomista 156
c) Techo ideológico social 156
§ 273. Conflicto ideológico en la jurisprudencia de la Corte Suprema 157
§ 274. Vías de superación del techo ideológico múltiple 157
§ 275. Eficacia de la Constitución. Categorización formal: tramos de eficacia restringida 158
§ 276. Valor jurídico del Preámbulo 158
a) Integra la Constitución 158
b) Sanciona la Constitución 158
c) Adopta una doctrina del poder 158
d) Ratifica los pactos preexistentes 159
e) Interpreta la Constitución 159
f) Marco de constitucionalidad de las normas subconstitucionales 159
§ 277. Valor jurídico de las cláusulas programáticas 159
§ 278. Valor jurídico de las normas constitucionales de eficacia formal plena 160
a) Normas derogadas irregularmente, por desuetudo 160
b) Normas derogadas por derecho subconstitucional 160
c) Normas incumplidas 161
d) Normas pervertidas 161
e) Normas transferidas 161

B) Derecho constitucional informal primario

§ 279. Reglas de derecho consuetudinario 161
§ 280. El derecho repentino 161

C) Derecho constitucional formal secundario

§ 281. Leyes y normas complementarias de la Constitución 162

D) Derecho constitucional informal secundario

§ 282. Reglas vigentes 162
§ 283. La cuestión en nuestro medio 162

E) Supremacía (jerarquía de las fuentes)

§ 284. Introducción 162
§ 285. Supremacía del derecho constitucional formal primario (la Constitución). Bases constitucionales 163
§ 286. Relaciones entre el derecho constitucional formal primario y el derecho constitucional informal primario 164
§ 287. Supremacía del derecho constitucional formal primario sobre el formal secundario 164
§ 288. Supremacía constitucional en caso de cambio de Constitución 165
§ 289. Posición jerárquica del tratado internacional 165
§ 290. El tratado ante la Constitución 165
§ 291. Situaciones especiales. Guerra 166
§ 292. Caso de los tratados "constitucionalizados" 167
§ 293. Caso de los tratados "a constitucionalizar" 170
§ 294. Lagunas constitucionales 171
§ 295. El tratado ante la ley 171
§ 296. Los decretos del Poder Ejecutivo 172
§ 297. Superioridad de las leyes y normas nacionales sobre las normas provinciales 172
a) Caso de la provincia de Buenos Aires 173
b) Caso de las "provincias incorporadas" 173

F) Control de constitucionalidad en la Argentina. Magistratura y procesos constitucionales

§ 298. Introducción. Derecho procesal constitucional 174
§ 299. Magistratura constitucional judicial 174
§ 300. Características 174
a) Es difuso 175

b) Fundamentalmente letrado 175
c) Permanente 175
d) Es reparador 175
e) Sujetos que lo promueven 175
f) Vigila normas, actos y omisiones 175
g) Es decisorio, aunque sometido a la jurisdicción supranacional 176
h) Lo resuelto se ciñe al caso concreto, salvo los fallos de la Corte Suprema 176
i) Efectos retroactivos y restitutivos 177
§ 301. Áreas exentas del control judicial de constitucionalidad. "Cuestiones políticas" no justiciables 177
§ 302. Magistratura no judicial. Poder Legislativo 179
§ 303. Control presidencial 180
§ 304. Otros órganos que controlan la constitucionalidad 180
a) Colegios profesionales 180
b) Tribunales administrativos 180
c) Tribunales de enjuiciamiento de magistrados 180
§ 305. Recursos y procesos constitucionales. Introducción 181
§ 306. Acción declarativa de inconstitucionalidad 181
§ 307. Hábeas corpus 182
§ 308. Variantes. Hábeas corpus clásico o reparador 182
a) Concepto de arresto 182
b) Requisitos constitucionales de la "orden escrita" 183
c) Autoridad competente 183
§ 309. Hábeas corpus "restringido" 184
§ 310. Hábeas corpus correctivo 184
§ 311. Hábeas corpus preventivo 185
§ 312. El hábeas corpus durante el estado de sitio 185
§ 313. El proceso de hábeas corpus 186
a) Sujetos 186
b) Competencia 186
c) Trámite 187
§ 314. Hábeas corpus no tratados en la ley 23.098 187
§ 315. El hábeas corpus en el derecho internacional 188
§ 316. Acción general de amparo. Origen 188
§ 317. Derechos tutelados 189
§ 318. El acto lesivo 189
§ 319. Rol supletorio del amparo 190
§ 320. Supuestos de inadmisibilidad 191

§ 321. Competencia 191
§ 322. Legitimación 192
§ 323. Trámite 193
a) Demanda 193
b) Rechazo "in limine" 193
c) Requerimiento del "informe circunstanciado" 193
d) Prueba 193
e) Sentencia 193
f) Apelación 194
g) Cosa juzgada 194
§ 324. Subtipos especiales de amparo 195
a) El amparo contra actos de particulares 195
b) Amparo por mora de la Administración 195
c) Recurso de amparo ante el Tribunal Fiscal de la Nación 195
d) Amparo electoral 195
e) Amparo sindical 195
f) Amparo ambiental 195
§ 325. El amparo en el derecho internacional 196
§ 326. Hábeas data 196
a) Legitimación activa y pasiva 196
b) Derechos tutelados 197
c) Objetivos 198
1) Informativo 198
2) Aditivo 198
3) Rectificador 198
4) Reservador 198
5) Cancelatorio o exclutorio 198
d) Procedimiento 199
§ 327. Recurso extraordinario federal 200
§ 328. Resoluciones objetables. "Cuestión federal" 201
§ 329. Recurso extraordinario por sentencia arbitraria 203
a) Arbitrariedad normativa 203
b) Arbitrariedad fáctica 204
§ 330. Recurso extraordinario por gravedad institucional 205
§ 331. Trámite del recurso extraordinario. Introducción y mantenimiento de la cuestión federal 205
§ 332. Interposición y procedimiento posterior, "writ of certiorari" 206
§ 333. Recurso extraordinario "per saltum" 207

Capítulo VIII

SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO. LA ARGENTINA COMO ESTADO

A) Introducción

§ 334. Nombres oficiales 209
§ 335. Derecho consuetudinario 209
§ 336. Símbolos patrios 210
§ 337. Problemática constitucional del respeto compulsivo a los símbolos patrios 210

B) Régimen político

§ 338. Fisonomía constitucional del Estado argentino 211
§ 339. Régimen representativo 211
§ 340. La representación política en la Constitución 212
§ 341. Los partidos políticos en la reforma constitucional de 1994 213
§ 342. La representación política en el derecho constitucional secundario. Régimen legal de los partidos 214
§ 343. Formación. Control ideológico 215
§ 344. Funcionamiento interno. Selección de candidatos. Financiamiento 216
§ 345. Caducidad y extinción 216
§ 346. La representación política en el orden de las realidades ... 217
§ 347. Régimen republicano. Perfil ideológico 217
§ 348. Características de la República en el marco de la Constitución 218
a) Periodicidad en el desempeño de los cargos públicos fundamentales 218
b) Responsabilidad de los gobernantes 218
c) Publicidad de los actos de gobierno 218
d) Igualdad ante la ley 219
e) División de los poderes 219
§ 349. República y soberanía del pueblo 220
§ 350. Régimen federal 221

§ 351. Repliegue del federalismo argentino 222
§ 352. La Argentina como Estado de derecho 222

Capítulo IX

ELEMENTOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO ARGENTINO

A) Territorio

1) El territorio argentino

§ 353. Territorio, dominio, jurisdicción 225
a) Territorio 225
b) Territorio "argentino" o "nacional", "federal" y "provincial" 225
c) Dominio público y privado 226
§ 354. Conexiones 226
§ 355. El territorio en la Constitución argentina 226
a) División 226
b) Normas de competencia 226
§ 356. Vigencia de la Constitución en el territorio argentino 226
§ 357. Determinación de los límites nacionales. Normas constitucionales 228
§ 358. Función del Congreso 228
§ 359. Participación popular en el arreglo de límites 229
§ 360. Principales tratados y cuestiones de límites pendientes 229
§ 361. La seguridad de las fronteras 230

2) El territorio federal

§ 362. Introducción 231
§ 363. La Capital Federal. Disposiciones constitucionales y normas complementarias 232
§ 364. Cuestiones que plantea el artículo 3° de la Constitución nacional 230
a) Formas de adopción de la cesión provincial 231

b) Cesiones condicionales 231
c) Multiplicidad de traslados 231
§ 365. Territorios nacionales 231

3) El territorio de las provincias

§ 366. Principio de la integridad territorial 231
§ 367. Principio de la indestructibilidad de las provincias 232
§ 368. El derecho de secesión 233
§ 369. Conflictos limítrofes provinciales. Distintas alternativas . 233
§ 370. Determinación de límites provinciales por parte del Congreso. Naturaleza y bases de su decisión 233
§ 371. Recurribilidad 234
§ 372. Alternativas de determinación de límites provinciales sin intervención del Congreso 235
§ 373. Rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 235
§ 374. Regulación de los límites interprovinciales por gobiernos de facto 235

4) Cuestiones territoriales

§ 375. Los establecimientos de la Nación en cualquiera de las provincias. Fines y medios 236
§ 376. Naturaleza jurídica 236
§ 377. Intensidad de la jurisdicción federal 237
§ 378. Determinación del interés nacional 237
§ 379. Recursos naturales provinciales 238
§ 380. El territorio municipal 238
§ 381. Territorio provincial fluvial 239
§ 382. "Dominio" y "jurisdicción" sobre ríos provinciales 239
a) Ríos navegables 239
b) Ríos no navegables 240
§ 383. Territorio lacustre 240
§ 384. Territorio insular 240
§ 385. El mar argentino. Extensión 240
a) Las aguas interiores de la República 241
b) El mar territorial argentino 241
c) Zona contigua argentina 241
d) Zona económica exclusiva argentina 241
e) Plataforma continental argentina 241

§ 386. Asignación territorial. Provincias y Nación 242
§ 387. Territorio aéreo nacional y provincial 242

B) La población

1) Nacionales y ciudadanos

§ 388. El pueblo en la Constitución argentina 242
a) Pueblo 242
b) Habitantes 243
c) Población 243
d) Ciudadanos 243
e) Argentinos 243
f) Extranjeros 244
g) Vecinos 244
§ 389. Cantidad de población: Constitución de 1853 y censo nacional de 1980 244
§ 390. Argentinos y extranjeros 244
§ 391. Ciudadanía, nacionalidad y naturalización. Directrices constitucionales 244
§ 392. Directrices de derecho internacional y supranacional 245
§ 393. Régimen legal. Argentinos nativos 245
§ 394. Argentinos por opción 246
§ 395. Argentinos por naturalización 246
§ 396. Pérdida de la nacionalidad 247
§ 397. Doble nacionalidad 247

2) Extranjeros

§ 398. Concepto y estado legal 248
§ 399. Promoción de la inmigración 248
§ 400. Ingreso de extranjeros 249
§ 401. Reingreso 249
§ 402. Residencia 249
§ 403. Derechos del extranjero 250
§ 404. Caso de guerra. El "internado" y los súbditos de países enemigos 251
§ 405. Expulsión de extranjeros 252

Capítulo X

PODERES DEL ESTADO CONSTITUYENTE Y ELECTORAL

A) Poder constituyente

§ 406. Introducción. Los poderes del Estado 253
§ 407. Poder constituyente. Precepto constitucional 253
§ 408. Ejercicio del poder constituyente en la Argentina 254
§ 409. Proceso constituyente. Períodos 254
a) Etapa del Congreso 254
b) Etapa electoral 254
c) Etapa convencional 254
§ 410. Etapa del Congreso. "Poder preconstituyente". Forma de pronunciamiento 254
§ 411. Mayoría 255
§ 412. Puntos de reforma 255
§ 413. Regulación del trámite de reforma 256
§ 414. Etapa electoral 257
§ 415. Etapa convencional 258
§ 416. Promulgación y publicación de la reforma 258
§ 417. Judiciabilidad de la reforma constitucional 259

B) Poder electoral

§ 418. Concepto 259
§ 419. Dimensiones normativa, fáctica y axiológica 260
a) Normativa 260
b) Fáctica 261
c) Axiológica 261
§ 420. Derecho electoral 261
§ 421. Integración del cuerpo electoral. Interrogantes constitucionales 262
§ 422. El cuerpo electoral y el sufragio en la legislación argentina 262
a) Universal 263
b) Individual 263

c) Obligatorio 264
d) Secreto 264
e) Igual 264
§ 423. Legitimidad del proceso electoral 264
§ 424. Situación actual 264
§ 425. Mecanismo electoral 265
§ 426. Actos preelectorales 266
§ 427. Desarrollo del comicio. Veda informativa 266
§ 428. Escrutinio 267
§ 429. Acción de amparo electoral 267
§ 430. Infracciones penales 268
§ 431. Comando General Electoral 268
§ 432. Productos del poder electoral. Elección de autoridades ... 268
§ 433. Consultas populares no vinculantes 268
§ 434. Iniciativa popular de leyes 270
§ 435. Consulta popular vinculante (sanción popular de leyes) 272

Capítulo XI

CONGRESO DE LA NACIÓN

A) Estructura e integración

§ 436. Apogeo y crisis del parlamento 275
§ 437. Derecho parlamentario 275
§ 438. El caso argentino. Estructura bicameral 276
§ 439. Presidencia del Congreso 276

B) Cámara de Senadores

§ 440. El Senado. Base de representación 276
§ 441. ¿A quién representan los senadores de la Ciudad de Buenos Aires? 277
§ 442. Condiciones para ser senador 278
§ 443. Designación 278
a) Período transitorio 1994-2001 279
b) Desde el año 2001 279

§ 444. Número 279
§ 445. Duración 280
§ 446. Vacancias y suplencias 280
§ 447. Autoridades 281

C) Cámara de Diputados

§ 448. Base de representación 282
§ 449. Condiciones para ser diputado 282
§ 450. Ampliación de los requisitos constitucionales 283
§ 451. Integración de la Cámara. Derecho electoral 284
a) Sistema de "lista completa" (1857-1902; 1905-1911) ... 284
b) Sistema de "lista incompleta" o "voto restringido" (1912-1951; 1958-1962) 284
c) Sistema de "circunscripciones uninominales" (1902-1904; 1951-1955) 284
d) Sistema de "representación proporcional" (1957 y a partir de 1963) 284
§ 452. Crítica al régimen de representación proporcional. Otras alternativas 286
§ 453. Número de miembros 287
§ 454. Duración 287
§ 455. Vacancias y suplencias 288
§ 456. Autoridades 288

D) Asamblea Legislativa

§ 457. Concepto y funciones 289

E) Comisiones parlamentarias

§ 458. Origen y objetivos 290
§ 459. Composición 291

F) Bloques

§ 460. Características 291
§ 461. Libertad de acción 292

G) Normas sobre incorporación, corrección y exclusión comunes a diputados y senadores

§ 462. Reglas vigentes 292
§ 463. Normas formales constitucionales de incompatibilidad 292
a) Recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo sin previo consentimiento de la Cámara respectiva (excepto los empleos de escala) 292
b) Eclesiásticos regulares 292
c) Gobernadores de provincia 293
d) Ministros 293
§ 464. Reglas de derecho constitucional consuetudinario 293
§ 465. Incorporación 293
§ 466. Evaluación del mérito de los legisladores electos 294
§ 467. Trámite interno en las cámaras 295
a) Cámara de Senadores 295
b) Cámara de Diputados 295
§ 468. Juramento 296
§ 469. Reglas de corrección 296
§ 470. Reglas de exoneración 296
§ 471. Renuncias 298

H) Auditoría General de la Nación

§ 472. Reglas vigentes 298

I) Defensoría del Pueblo

§ 473. Introducción. El "ombudsman" en el derecho comparado 299
§ 474. Reforma constitucional de 1994. Situación institucional ... 300
§ 475. Nombramiento y duración 300
§ 476. Funciones 301

J) El Parlamento Latinoamericano

§ 477. Estructura y fines 302

Capítulo XII

OPERATIVIDAD DEL CONGRESO

§ 478. Introducción 303

A) Garantías de funcionamiento

§ 479. Individuales y corporativas 303
§ 480. Garantías individuales. Remuneración 303
§ 481. Inmunidad de opinión 304
§ 482. Inmunidad de arresto. Regla general 305
§ 483. Excepciones 306
§ 484. Comunicación judicial a la Cámara 306
§ 485. Seudo exención de encausamiento 307
§ 486. Desafuero 309
§ 487. Naturaleza y efectos del desafuero 309
§ 488. Renuncia a los fueros parlamentarios 310
§ 489. El caso de los legisladores provinciales 311
§ 490. Extensión de las inmunidades parlamentarias a los concejeros municipales 311
§ 491. Garantías corporativas. Poder reglamentario 311
§ 492. Poder disciplinario 312
a) Castigo parlamentario de conductas penalizadas legalmente 312
b) Castigo parlamentario de conductas no penalizadas legalmente 313
§ 493. Facultades de información. Las "interpelaciones" 313
§ 494. Requerimientos de informes 314
§ 495. Comisiones investigadoras 315
a) Invasión de otros poderes 315
b) Derechos de particulares 315
§ 496. Juzgamiento sobre la validez de los títulos de sus miembros y aceptación de sus renuncias 316

B) Actuación

§ 497. Los tiempos. Años legislativos 316

§ 498. Sesiones. Tipos 316
a) Preparatorias 317
b) Ordinarias 317
c) Extraordinarias 317
d) De prórroga 318
§ 499. Receso parlamentario 318
§ 500. Simultaneidad 319
§ 501. Formas. Publicidad 319
§ 502. Quórum. Clases 319
a) Para iniciar una sesión 319
b) Para sesionar 320
c) Para resolver 320
§ 503. Quórum y mayoría para decidir 320
a) Dos tercios de votos 320
b) Mayoría absoluta (mitad más uno) 321
§ 504. Derecho de compeler 322
§ 505. Trabajo parlamentario: despacho de comisión, mociones, discusión, aprobación. Reglamentos de ambas cámaras ... 323
a) De orden 323
b) De preferencia 323
c) De tratamiento sobre tablas 324
d) De reconsideración 324

C) Productos del Congreso

§ 506. La ley 324
§ 507. Proceso legislativo formal. Iniciativa 324
§ 508. Función específica de la Cámara de Diputados 325
§ 509. La Cámara de Diputados en el proceso de sanción popular de leyes. Su iniciativa 326
§ 510. Función específica del Senado 327
§ 511. Proceso posterior. Trámite elemental 327
§ 512. Delegación legislativa en comisiones 329
§ 513. Trámite complejo en la etapa del Congreso. Controversia total 330
§ 514. Controversia parcial 331
a) Cámara de origen 331
b) Cámara revisora 331
c) Insistencia ante la Cámara de origen 332
§ 515. Exclusión de la sanción tácita 333

§ 516. Trámite complejo en la etapa presidencial. El veto 333
a) Forma del veto 334
b) Tiempo 334
c) Razones 334
d) Alcances 334
e) Trámite 335
f) Derogación y anulación de leyes 336
§ 517. Plazos de caducidad en el trámite legisferante 337
§ 518. Ley común, ley general y ley especial. Ley aclaratoria. Códigos 338
§ 519. Ley en blanco 339
§ 520. Ley convenio 339
§ 521. Leyes secretas 340
§ 522. Otros actos del Congreso. Decretos, resoluciones y declaraciones. Sentencias 341
a) Resoluciones 341
b) Declaraciones 341
c) Comunicaciones 342
d) Decretos 342
e) Sentencias 342

Capítulo XIII

EL PODER EJECUTIVO. ESTRUCTURA E INTEGRACIÓN. OPERATIVIDAD

A) El presidente

§ 523. Introducción. Fisonomía del Poder Ejecutivo argentino ... 343
§ 524. Crecimiento de las competencias presidenciales 344
§ 525. Título 344
§ 526. Composición 344
§ 527. Condiciones constitucionales de elegibilidad 345
a) Momento en que deben reunirse las condiciones 345
b) Requisitos 345
§ 528. Eventual ampliación (por vía de ley) de los requisitos constitucionales 346
§ 529. Mecanismo de elección. Tiempo 346

§ 530. Etapa preelectoral 347
§ 531. Etapa electoral. Elección en una sola vuelta 347
§ 532. Etapa postelectoral 348
§ 533. Segunda vuelta electoral 348
§ 534. Segunda etapa postelectoral 350
§ 535. Caso de muerte de los electos 350
§ 536. Asunción del cargo. Juramento 350
§ 537. Incompatibilidades 351
§ 538. Prerrogativas. Remuneración 352
§ 539. Duración del período presidencial 353
§ 540. Reelección 354
§ 541. El período presidencial 1995-1999 356
§ 542. La reelección cruzada 356
§ 543. Interrupciones en el ejercicio presidencial 356

B) El vicepresidente y las acefalías

§ 544. El vicepresidente 357
§ 545. Acefalía presidencial 357
a) Enfermedad 358
b) Ausencia de la Capital 358
c) Muerte 358
d) Renuncia 359
e) Destitución 359
f) Inhabilidad 359
g) Otras causales 360
§ 546. Acefalías permanentes y transitorias 360
§ 547. Acefalía vicepresidencial 360
§ 548. Doble acefalía 361

C) El gabinete

§ 549. Los ministros y el gabinete nacional. Número. Nombramiento 363
§ 550. Duración y suplencias en el cargo de los ministros 364
§ 551. El jefe de Gabinete de Ministros 365
§ 552. Responsabilidades y remoción del jefe de Gabinete de Ministros 365

§ 553. Atribuciones del jefe de Gabinete 366
a) Administrativas 366
b) Materialmente legislativas 367
c) Institucionales 367
§ 554. Relaciones entre el presidente de la Nación y el jefe de Gabinete 368
§ 555. Relaciones entre el jefe de Gabinete y los ministros 369
§ 556. Funciones de los ministros. Despacho de los negocios ... 370
§ 557. Reglamentación de las leyes por parte de los ministros 371
§ 558. Refrendo y legalización 371
§ 559. La "memoria detallada" 373
§ 560. Concurrencia a sesiones del Congreso 373
a) Concurrencia voluntaria 373
b) Concurrencia obligatoria 373
§ 561. Gestión grupal 373
§ 562. Incompatibilidades 374
§ 563. Inmunidades y prerrogativas. Sueldo 374
§ 564. Responsabilidades 375
§ 565. Secretarías y subsecretarías de Estado 376

D) Administración pública y fuerzas armadas

§ 566. Administración pública, centralizada y descentralizada 376
§ 567. Situación institucional de las fuerzas armadas 377

E) Productos del Poder Ejecutivo

§ 568. Distintos tipos de decretos 378
§ 569. Decretos de ejecución o reglamentarios. Naturaleza. Oportunidad 378
§ 570. Subordinación del decreto de ejecución a la ley 379
a) Desnaturalización de la ley 379
b) Invasión de áreas legislativas 379
§ 571. Decretos autónomos 380
§ 572. Decretos delegados 380
§ 573. La reforma constitucional de 1994 381
a) Materias 382
b) Plazo 382

c) Pautas 383
d) Formas 383
§ 574. Subdelegación 384
§ 575. Delegación de segundo grado. Comunicados telefónicos .. 385
§ 576. Decretos de necesidad y urgencia 386
§ 577. Nuevas reglas constitucionales 387
a) Materias 387
b) Situación de hecho 387
c) Formas 388
§ 578. Decretos denominados "secretos" 391
§ 579. "Productos" de la actividad ministerial 391

Capítulo XIV

PODER JUDICIAL Y MINISTERIO PÚBLICO

A) Estructura, integración y operatividad del Poder Judicial

§ 580. Introducción 393
§ 581. Las cortes federales 394
§ 582. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Su supremacía 394
§ 583. Condiciones de elegibilidad 396
§ 584. Número de sus miembros 396
§ 585. Conjueces 397
§ 586. Juramento 397
§ 587. Presidencia y vicepresidencias de la Corte Suprema 398
§ 588. División de la Corte Suprema en salas 398
§ 589. Aparato administrativo de la Corte Suprema. El "amicus curiæ" 399
§ 590. Tribunales inferiores a la Corte Suprema. Cámaras de apelaciones y juzgados de primera instancia 400
§ 591. Situación jurídica de los jueces de la Capital Federal 400
§ 592. Tribunales integrados por jurados 401
§ 593. ¿Unidad de jurisdicción? 403
§ 594. Problemática constitucional de los tribunales administrativos 403
§ 595. Caso de los tribunales militares 404

B) Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento

§ 596. El Consejo de la Magistratura. Razones de su creación constitucional 405
§ 597. Composición 406
§ 598. Atribuciones del Consejo 407
a) Comisiones 408
b) Plenario del Consejo 410
§ 599. Situación institucional 411
§ 600. El Jurado de Enjuiciamiento 411

C) Garantías de actuación

§ 601. Designación de los magistrados judiciales 413
a) Jueces titulares de la Corte Suprema 413
b) Jueces titulares inferiores a la Corte Suprema 415
c) Jueces "en comisión" 415
d) Jueces subrogantes y transitorios 415
§ 602. Remuneración. Intangibilidad. Caso de jueces jubilados 416
§ 603. Administración y autarquía judicial. Ley 23.853 418
§ 604. Estabilidad 419
§ 605. Remoción. Juicio político y Jurado de Enjuiciamiento 420
§ 606. Sanciones disciplinarias 422
§ 607. Tope de edad 422
§ 608. Incompatibilidades 423

D) Operatividad. Los productos del Poder Judicial

§ 609. Sentencia 424
§ 610. Sentencia ley. Alternativas 424
§ 611. Cosa juzgada 426
§ 612. Revisión o suspensión ejecutiva o legislativa de la cosa juzgada 427
§ 613. Acordadas 428
§ 614. Reglamento 428

E) Ministerio Público

§ 615. Introducción 429
§ 616. Diseño constitucional en la Argentina. Reforma de 1994 429
§ 617. Garantías de su independencia 430
a) Inmunidad funcional 430
b) Intangibilidad de las remuneraciones 430
c) Autarquía financiera 431
§ 618. Funciones 431
§ 619. Estructura. Situación institucional 432

Capítulo XV

RELACIONES Y CONTROLES ENTRE LOS PODERES DEL GOBIERNO FEDERAL

§ 620. Facultades explícitas e implícitas de cada poder 433
a) Poder Legislativo 434
b) Poder Ejecutivo 434
c) Poder Judicial 434
d) Poder constituyente 435
§ 621. Importancia y subfunciones del sistema de relaciones y controles. Política de equilibrio 435
a) Subfunción electiva 435
b) Subfunción cognoscitiva e inspectiva 435
c) Subfunción integrativa 435
d) Subfunción reguladora 435
e) Subfunción sancionadora 436
§ 622. Relaciones y controles del poder constituyente 436
§ 623. Relaciones y controles del poder electoral 436
§ 624. Relaciones y controles del Congreso 436
a) Como sujeto controlado 436
b) Como sujeto controlador 437
§ 625. Crisis del control parlamentario 438
§ 626. Juicio político 438
§ 627. Naturaleza 439

§ 628. Sujetos comprendidos 439
§ 629. Causales 440
a) Mal desempeño 441
b) Delitos en el ejercicio de sus funciones 441
c) Crímenes comunes 441
§ 630. Trámite 441
a) Diputados 441
b) Senado 442
§ 631. Suspensión del acusado 443
§ 632. El enjuiciamiento penal de los sujetos amparados por el juicio político 444
§ 633. Operatividad 444
§ 634. El "ombudsman" 445
§ 635. Relaciones y controles del Poder Ejecutivo 445
a) Como sujeto controlado 445
1) Sindicatura General de la Nación 445
2) Procuración General del Tesoro de la Nación 445
3) Justicia administrativa 446
b) Como sujeto controlador 446
§ 636. Relaciones del Poder Judicial 446
a) Como sujeto controlado 447
b) Como sujeto controlador 447
§ 637. Relaciones del Ministerio Público 447
a) Como sujeto controlado 447
b) Como sujeto controlador 448
§ 638. Conflictos de poderes 449

Capítulo XVI

PODER PROVINCIAL

A) "Status" jurídico-político de las provincias

§ 639. Introducción. Origen histórico y normativo de las provincias 453
§ 640. Naturaleza jurídica de las provincias. ¿Son Estados? ¿Tienen soberanía o autonomía? 454
§ 641. Secesión de provincias 455

§ 642. Igualdad de las provincias 455
§ 643. Excepciones a la igualdad. El caso de las "nuevas provincias" 455
§ 644. El caso de las "provincias incorporadas" 455
§ 645. Ámbito territorial de validez de los poderes provinciales .. 456

B) Estructuración de las provincias

§ 646. Poder constituyente provincial 457
§ 647. Control –judicial o político– del artículo 5° de la Constitución nacional 457
§ 648. Condiciones para su ejercicio. Sistema representativo republicano 458
§ 649. Conformidad de los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional 459
§ 650. Asegurar la administración de justicia 460
§ 651. Asegurar el régimen municipal 461
§ 652. Asegurar la educación primaria 461
§ 653. Ejercicio del poder constituyente provincial por la Nación 462
§ 654. Poder Legislativo provincial 462
§ 655. Poder Ejecutivo provincial 463
§ 656. Los gobernadores provinciales como "agentes naturales" de la Nación 464
§ 657. Poder Judicial provincial 464
§ 658. Otros poderes y órganos provinciales 465

C) Relaciones interprovinciales

§ 659. Pautas constitucionales. Solidaridad 465
a) Igualdad en los derechos de ciudadanía 465
b) Validez de los actos provinciales en todo el país 466
c) Obligación de extraditar 467
§ 660. Tratados interprovinciales. Procedimiento 467
a) Materias 468
b) Registro 468
§ 661. Otros tratados provinciales 468
a) Tratado intranacional-provincial 469
b) Tratado extranacional-provincial 469
c) Tratado interprovincial externo 469

d) Tratado provincial-municipal 470
e) Tratados limítrofes 470
§ 662. Modalidades alternativas de coordinación 470
§ 663. Prohibición de guerra y de hostilidades 470
§ 664. Solución de las quejas provinciales 471
§ 665. Regiones 471

Capítulo XVII

COMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS FEDERAL Y PROVINCIALES

A) Introducción. Conexión entre las autoridades federales y provinciales

§ 666. ¿Quién distribuye las competencias entre la Nación y las provincias? 475
§ 667. Rigidez o flexibilidad 475
§ 668. Categorías de competencias 476
§ 669. Pautas de coordinación 478
a) Subprincipio de cooperación 478
b) Subprincipio de adaptación 478
c) Subprincipio de prudencia 478
d) Subprincipio de lealtad federal 479
§ 670. La "garantía federal" 479
§ 671. Intervención federal. Fines 480
§ 672. Causales. Alteración de la forma republicana de gobierno 480
§ 673. Invasión exterior 481
§ 674. Sedición 481
§ 675. Invasión de otra provincia 482
§ 676. Alzamiento de una provincia contra la Nación 482
§ 677. Trámite de la intervención. Diagrama constitucional: iniciativa 482
§ 678. ¿Quién declara la intervención? 482
§ 679. Efectos de la intervención. Situación de la provincia intervenida 483
§ 680. Remoción de las autoridades provinciales 483

§ 681. Interventor o comisionado federal. Número 484
§ 682. Condiciones para ser designado interventor 484
§ 683. Competencias 484
§ 684. Regulación provincial de los interventores federales 486
§ 685. Práctica de las intervenciones. Cantidad y duración 486
§ 686. Judiciabilidad de la declaración y subsistencia de la intervención y de sus actos 486
§ 687. Regulación legal de las intervenciones federales 487

B) Competencias federales en materia de relaciones exteriores

§ 688. Introducción 487
§ 689. Relaciones exteriores: sujetos, objetivos y medios 487
a) Sujetos 488
b) Objetivos 489
c) Medios 489
§ 690. Topes de contenido a los tratados 489
§ 691. Problemática de la transferencia de competencias nacionales y provinciales 490
§ 692. Reglas de procedimiento. "Treaty making power" 491
§ 693. Negociación, conclusión y firma 491
§ 694. Aprobación. Tratados comunes 492
§ 695. Casos especiales 492
a) Documentos con rango constitucional 493
b) Tratados de integración que transfieran competencias y jurisdicción 493
§ 696. Ratificación y vigencia 494
§ 697. Reservas 494
§ 698. Tratados "ejecutivos" o "acuerdos en forma simplificada" 495
§ 699. Ejecución ("power to enforce") 495
§ 700. Denuncia 496
§ 701. Derogación 497
§ 702. Guerra y paz 497
§ 703. Ingreso de tropas extranjeras y salida de las nacionales ... 498
§ 704. Relaciones con la Iglesia Católica. Concordatos 498
§ 705. Sostenimiento del culto católico 499
§ 706. Institutos derogados por la reforma de 1994 500
§ 707. Las conexiones Iglesia-Estado en el ámbito existencial 501
§ 708. Otras alternativas de relación 501

C) Competencias militares de defensa y seguridad

§ 709. Introducción 501
§ 710. Naturaleza institucional de las fuerzas armadas 502
§ 711. Derecho constitucional militar. Poder de organización 502
§ 712. Poder de mando 503
§ 713. Designación de los cuadros 504
§ 714. Guerra y paz. Entrada y salida de tropas extranjeras. Remisión 504
§ 715. Sistema de defensa nacional 505
§ 716. Zonas de conflicto. Autoridades 505
§ 717. Servicio militar 505
§ 718. Objeción de conciencia 506
§ 719. Estado de sitio. Normas constitucionales y Pacto de San José de Costa Rica 507
§ 720. Naturaleza y objetivos del estado de sitio 508
a) Causales 508
b) Carácter preventivo o reparador 509
c) Autoridades que lo pronuncian 509
1) Conmoción interior 509
2) Ataque exterior 510
§ 721. Declaración del estado de sitio por las provincias 510
§ 722. Tiempo 511
§ 723. Lugar 511
§ 724. Impugnación judicial de la declaración del estado de sitio 512
§ 725. Derechos restringidos. Libertad física. Derecho de opción 512
§ 726. Otros derechos 513
§ 727. Control judicial 515
§ 728. Arrestos dispuestos por el Poder Ejecutivo sin declarar el estado de sitio 515
§ 729. Ley marcial 515
§ 730. Estado de guerra interno 516
§ 731. Sometimiento de civiles a tribunales militares 516
§ 732. Estado de asamblea 517
§ 733. Medidas de excepción, concesión de facultades extraordinarias y suma del poder público 517
§ 734. Sujetos involucrados. Sanción 519

D) Competencias normativas en áreas de derecho federal, común y local

§ 735. Introducción. Derecho nacional. Normas federales, comunes y locales que dicta el Gobierno federal 519
§ 736. Derecho federal 520
§ 737. Derecho común. Concepto. Atribuciones provinciales ... 521
§ 738. Aplicación del derecho común. Tribunales locales. Corte nacional de casación 522
§ 739. Legislación penal. Contravenciones. Amnistía 523
a) Objeto 523
b) Naturaleza de la ley de amnistía 524
c) Motivación 524
d) Orden público 524
§ 740. Delitos amnistiables 524
§ 741. El requisito de la generalidad 525
§ 742. Derecho procesal 526
§ 743. Derecho local 526

E) Competencias judiciales

§ 744. Introducción. Normas constitucionales 527

1) Competencia federal

§ 745. Caracteres 528
§ 746. Clasificación de las causas de competencia federal 530
a) Por razón de la materia 530
b) Por razón del lugar 531
c) Por razón de las personas 532
1) Casos en que el Estado argentino es parte 532
2) Distinta vecindad 533
3) Casos en que es parte un ciudadano extranjero 533
4) Casos en que es parte un Estado o una embajada extranjera. Organismos internacionales 534
5) Casos concernientes a embajadores y ministros públicos extranjeros 535
6) Jefes de Estado 536
7) Cónsules y vicecónsules 536

8) Causas en que es parte una provincia. Directrices generales 537
a) Derecho federal en juego 537
b) Provincia con Nación, o viceversa 538
c) Provincia con provincia 538
d) Provincia con un vecino de otra, o con ciudadano o Estado extranjero 538
e) Provincia con un vecino de la misma provincia 539

2) Competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

§ 747. Tipos 539
a) Competencia originaria 539
1) Texto constitucional 539
2) Derecho subconstitucional 539
a) Cuestiones de competencia 539
b) Conflictos de poderes 540
c) Privación de justicia 540
d) Ejercicio de poderes implícitos 540
e) Recurso de aclaratoria contra sus propias decisiones 540
f) Recurso de reposición y nulidad 540
g) Recurso de reconsideración 541
h) Justicia pronta 541
b) Competencia por apelación 541
1) Apelación extraordinaria 541
2) Apelación ordinaria 541
3) Recurso de revisión 542

3) Competencias jurisdiccionales ajenas al Poder Judicial

§ 748. Competencias judiciales de los poderes Ejecutivo, Legislativo y constituyente 542
a) Indultos y conmutaciones. Naturaleza 542
b) Requisitos constitucionales 543
c) Indulto para no condenados 543
d) Control judicial de los indultos 544

1) Los nulos por violación de trámite constitucional ... 544
2) Los espurios por irrazonabilidad ... 544
3) Los prohibidos por el derecho internacional ... 544
e) Efectos ... 544

F) Competencias en materia presupuestaria, tributaria, económica y comercial

1) El presupuesto

§ 749. Disposiciones constitucionales ... 545
§ 750. Iniciativa. Cámara de origen ... 545
§ 751. Reglas constitucionales de contenido ... 546
§ 752. Ejercicio financiero. Anualidad del presupuesto ... 546
§ 753. Globalidad ... 547
§ 754. Equilibrio ... 547
§ 755. Ejecución. Cierre de cuentas ... 547
§ 756. Cuenta de inversión ... 547

2) Competencias tributarias y financieras nacionales

§ 757. Derecho constitucional tributario ... 548
§ 758. Finalidad del poder impositivo ... 549
§ 759. Principio de legalidad ... 549
§ 760. Principios de igualdad y generalidad ... 550
§ 761. Principios de irretroactividad, razonabilidad y no confiscatoriedad ... 550
§ 762. Interpretación de las leyes fiscales ... 551
§ 763. Programación tributaria constitucional ... 551
§ 764. Impuestos directos e indirectos ... 551
§ 765. Derechos de importación y de exportación ... 552
§ 766. Características constitucionales de los impuestos aduaneros 552
§ 767. Contribuciones directas ... 553
§ 768. Régimen de coparticipación Nación-provincias. Tributos involucrados ... 554
§ 769. Instrumento jurídico: la ley convenio ... 555
a) Exigencias formales ... 555
b) Exigencias de contenido ... 556

§ 770. Fiscalización de la ley convenio ... 556
§ 771. Período transitorio ... 557
§ 772. Empréstitos. Deuda interna y externa ... 557
§ 773. Ahorro forzoso ... 558
§ 774. Venta y locación de tierras nacionales ... 558
§ 775. Rentas de Correos ... 559
§ 776. Otras fuentes para el Tesoro nacional ... 559
a) Contribuciones ... 560
b) Imposición equitativa y proporcional ... 560
c) Tasas ... 560
§ 777. Peaje ... 561
§ 778. Subsidios a provincias ... 561

3) Competencias comerciales

§ 779. Regulación del comercio internacional e interprovincial ... 562
§ 780. Pesos y medidas ... 563

4) Facultades tributarias provinciales

§ 781. Poder tributario provincial. Directrices generales ... 563
§ 782. El comercio interprovincial y el poder impositivo provincial ... 564
§ 783. Tributos provinciales sobre bienes y actividades federales y viceversa ... 565
§ 784. Tributos provinciales en los establecimientos nacionales situados en las provincias ... 565
§ 785. Doble imposición ... 565
§ 786. Regímenes de coparticipación ... 566
§ 787. Exenciones fiscales nacionales sobre tributos provinciales 566

G) Moneda y bancos

§ 788. Introducción ... 567
§ 789. El "banco federal" ... 567
§ 790. Bancos provinciales ... 568
§ 791. Determinación del signo monetario ... 568
§ 792. Emisión de moneda ... 568
§ 793. La emisión como recurso financiero ... 569

§ 794. Determinación del valor de la moneda nacional 569
§ 795. Convertibilidad de la moneda argentina 570

H) Políticas de fomento

§ 796. Introducción. La "cláusula de la prosperidad" 570
§ 797. Filosofía del precepto 571
§ 798. El Estado empresario 571
§ 799. El nuevo desarrollo 572
a) Desarrollo humano 572
b) Progreso económico con justicia social 572
c) Productividad de la economía nacional 572
d) Generación de empleo 573
e) Formación profesional de los trabajadores 573
f) Defensa del valor de la moneda 573
g) Investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento 573
h) Crecimiento armónico de la Nación y poblamiento de su territorio; promoción de políticas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones 573
§ 800. Deslinde de competencias entre la Nación y las provincias 573
§ 801. Planes de instrucción 574
§ 802. Pautas sobre educación y cultura en la reforma de 1994 .. 575
a) Consolidación de la unidad nacional con el respeto de las particularidades provinciales y locales 575
b) Responsabilidad indelegable del Estado 575
c) Participación de la familia y de la sociedad 576
d) Promoción de los valores democráticos 576
e) Igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminacion alguna 576
f) Gratuidad y equidad en la educación pública estatal 576
g) Promoción de la investigación y desarrollo científico y tecnológico. Su difusión y aprovechamiento 577
h) Protección de la identidad y pluralidad cultural 577
i) Libre creación y circulación de las obras del autor 577
j) Protección del patrimonio artístico 577
k) Protección de los espacios culturales y audiovisuales .. 577
l) Competencias provinciales 577

§ 803. Ley federal de educación nacional 578
§ 804. Situación de las universidades 578
§ 805. Ferrocarriles 581
§ 806. Colonización e inmigración 581
§ 807. Privilegios, exenciones y recompensas 582
§ 808. Concesión de honores 583
§ 809. Pensiones 583

I) Competencias federales derivadas del estado de necesidad

§ 810. Introducción 584
§ 811. Ejercicio ilegítimo o legítimo de la doctrina del estado de necesidad 584
§ 812. Efectos 585
§ 813. La necesidad como opción constitucional. Orden nacional y provincial 585
§ 814. La necesidad como dispensa de la Constitución 587
§ 815. Gobiernos "de facto" 588
§ 816. Su reconocimiento por la jurisprudencia 588
§ 817. Competencias 589
§ 818. Término de validez de sus actos y normas 590
§ 819. Situación de los jueces removidos y nombrados por el régimen de facto 591
§ 820. Ley de defensa de la democracia 591
§ 821. Reforma de 1994. Cláusula del imperio constitucional ... 592
§ 822. Fuentes 593
§ 823. Eficacia 593

Capítulo XVIII

PODER MUNICIPAL

A) Régimen general

§ 824. Normas constitucionales 595

§ 825. El régimen municipal 595
a) Municipio-cabildo 595
b) Municipio arrinconado 596
c) Municipio-Estado 596
§ 826. Alternativas jurisprudenciales 596
§ 827. Alternativas normativas 597
§ 828. La autonomía municipal en la reforma constitucional de 1994 598

B) Estatuto jurídico de la Ciudad de Buenos Aires

§ 829. Reforma constitucional de 1994 600
§ 830. Hipótesis de descapitalización 602
§ 831. Ley de garantía de los intereses federales 602
a) Deslinde de competencias 602
b) Seguridad 602
c) Justicia 603
§ 832. El proceso constituyente porteño. Ley de convocatoria 603
§ 833. Cuestionamiento de las leyes "Cafiero" y "Snopek" 604
§ 834. La Constitución-Estatuto de la Ciudad de Buenos Aires. Perfil ideológico. Parte dogmática 604
a) Identidad 605
b) Igualdad 605
c) Derechos reproductivos y sexuales 605
d) Garantías procesales y penales 605
e) Educación 606
f) Otros derechos y políticas 606
g) Ética pública 607
§ 835. El estatuto del poder 607
a) Poder constituyente 607
b) Poder electoral 607
c) Poder Legislativo 607
d) Poder Ejecutivo 608
e) Poder Judicial 608
f) Las comunas 608
g) Órganos de control 608
§ 836. Normas transitorias. Evaluación 609

Parte Tercera

ESTATUTO DE LOS DERECHOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Capítulo XIX

DERECHOS CONSTITUCIONALES

A) Introducción

§ 837. Derecho constitucional y derechos de los habitantes 613
§ 838. Derecho constitucional y derechos humanos 613
§ 839. Derechos constitucionales y garantías constitucionales 614
§ 840. Derechos constitucionales y derechos subconstitucionales, provenientes del derecho interno. Doctrina de la interpretación armonizante 614
§ 841. Compatibilización entre los derechos constitucionales y los provenientes del derecho externo. Problemática de la jurisdicción transnacional 615

B) Efectos. Base ideológica

§ 842. ¿Qué significa contar con un derecho constitucional? Principios y derechos 619
a) Derecho como permiso directo 619
b) Derecho como correlato de obligaciones activas o pasivas 619
c) Derecho como demanda 619
d) Derecho como inmunidad 619
§ 843. Fundamento ideológico de los derechos constitucionales .. 619
§ 844. Constitución argentina 620
§ 845. Individualismo liberal "versus" cristianismo tradicional 621
§ 846. Individualismo liberal "versus" Estado social de derecho ... 621
§ 847. Conclusión 621

C) Vigencia

§ 848. Dimensión existencial de los derechos 621
§ 849. Condicionamientos extraconstitucionales 622
a) Económicos 622
b) Sociológicos 622
§ 850. Recapitulación 623
§ 851. La eficacia de los derechos constitucionales en la Argentina 623

D) Clasificación de los derechos

§ 852. Introducción 625

1) El tiempo

§ 853. Derechos de primera, segunda y tercera generación 625
§ 854. Derechos en vías de constitucionalización 626

2) Las formas

§ 855. Enunciado formal de los derechos. Derechos explícitos .. 626
§ 856. Conceptos y concepciones. Las "cláusulas abiertas" 627
§ 857. Etapas en la formulación de los derechos constitucionales explícitos 628
§ 858. Derechos inferidos 628
§ 859. Derechos no enumerados. Naturaleza 628
§ 860. Desarrollo 629
§ 861. Derechos imputados 630

3) Los sujetos

§ 862. Clasificación de los derechos en función de su titular. Sujetos activos. ¿Quiénes tienen derechos? 630
§ 863. Sujetos pasivos. Derechos ¿frente a quién? 632
§ 864. Derechos constitucionales y derechos de la mayoría 632
§ 865. Legitimación para reclamar ante la violación de un derecho constitucional 633
a) Sujeto con "derecho subjetivo" vulnerado 633
b) Sujeto con "interés legítimo" 633
c) Sujeto con "interés simple" 633

4) El contenido

§ 866. La materia de los derechos constitucionales 634
a) Derechos civiles 634
1) Derechos personalísimos 634
2) Derechos generales 634
3) Derechos económico-sociales 634
4) Derechos y garantías procesales y penales 635
b) Derechos políticos 635

E) Conflicto entre los derechos

§ 867. Introducción. Tesis negatoria 635
§ 868. Incoherencia de la posición negatoria: conflictos entre intereses y valores. Renuncia de derechos 636
§ 869. Cotización de los derechos 637
§ 870. ¿Quién cotiza los derechos?. Derechos y contraderechos 638

Capítulo XX

DERECHO A LA CONDICIÓN HUMANA

§ 871. Introducción 641
§ 872. Derecho a la vida 641
§ 873. Caracteres del derecho a la vida 642
§ 874. Derecho a la vida y pena de muerte. Causas no políticas .. 642
§ 875. Pena de muerte por delitos políticos 642
a) Delitos políticos 643
b) Causas políticas 643
§ 876. La pena de muerte en el Pacto de San José de Costa Rica .. 644
§ 877. Derecho a la vida y al aborto 644
§ 878. Suicidio 646
§ 879. Eutanasia 647
a) Eutanasia pasiva (ortotanasia) 647
b) Eutanasia activa directa 648
c) Eutanasia activa indirecta 649

§ 880. Fecundación "in vitro" 649
§ 881. Derecho a la integridad 649
§ 882. Derecho a la salud 651
§ 883. El deber de curarse 652
§ 884. Consecuencias del derecho constitucional a la salud 653
§ 885. Autodegradación 654
§ 886. Derecho a la calidad de vida. Ecosistema y paisaje 655
§ 887. Reforma constitucional de 1994. Artículo 41 655
a) Sujetos tutelados 655
b) Objetivos: ambiente sano y equilibrado 656
c) Utilización racional de los recursos naturales y preservación del patrimonio natural y cultural 656
d) Preservación de la diversidad biológica 656
e) Deberes 656
f) Competencias 658
§ 888. Derecho a la dignidad 658
§ 889. Derecho a la personalidad jurídica 659
§ 890. Derecho al nombre 659
§ 891. Derecho a la identidad 660
§ 892. Derecho a la nacionalidad 661
§ 893. Derecho al honor 661
§ 894. Derecho a la propia imagen 661
§ 895. Fuentes internacionales constitucionalizadas 662
a) Vida. Aborto. Pena de muerte 662
b) Integridad corporal 662
c) Derecho a la salud 663
d) Ambiente y recursos naturales 663
e) Derecho a la dignidad 663
f) Derecho a la personalidad jurídica 663
g) Derecho al nombre y a la nacionalidad 664

Capítulo XXI

DERECHO A LA SEGURIDAD

§ 896. Introducción 665
a) Seguridad del Estado 665
b) Seguridad de las personas 665

§ 897. Seguridad del Estado 666
§ 898. Seguridad de las personas. Derecho a realizar lo no prohibido 666
§ 899. Derecho a no hacer lo permitido 667
§ 900. Derecho a la "seguridad jurídica" 667
§ 901. Derecho a la "seguridad pública" 667
§ 902. ¿Derecho a portar armas? 668
§ 903. La seguridad en y de las cárceles 668
§ 904. Seguridad social 670
§ 905. Fuentes internacionales constitucionalizadas 670

Capítulo XXII

DERECHO A LA PRIVACIDAD

§ 906. Introducción. Juridicidad del mundo privado 671
§ 907. Delimitación del ámbito privado y del público 672
a) Acciones privadas internas 672
b) Acciones privadas externas 672
c) Acciones públicas 672
§ 908. Concepto constitucional del orden público, moral pública y perjuicio a terceros. Ética pública 672
a) Orden público 672
b) Moral pública. Ética pública 672
c) Perjuicio a terceros 674
§ 909. ¿Quién define lo público de lo privado, y cómo? 674
§ 910. Tenencia de estupefacientes 674
§ 911. Conflicto entre derecho a la intimidad y libertad de prensa. Remisión 675
§ 912. Controles a visitas en las cárceles 675
§ 913. Inviolabilidad del domicilio y papeles privados 676
§ 914. Concepto de domicilio 676
§ 915. El consentimiento como eximente de la orden de allanamiento 677
a) Sujeto apto para consentir 677
b) Voluntariedad del consentimiento 678
§ 916. ¿Quién debe expedir una orden de allanamiento, y cómo? 679
§ 917. Alcances de la orden de allanamiento 679

§ 918. Inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados 680
§ 919. Derecho a la intimidad y derecho informático 681
§ 920. Fuentes internacionales constitucionalizadas 681

Capítulo XXIII

DERECHO DE LOCOMOCIÓN

§ 921. Introducción 683
§ 922. Normas del Pacto de San José de Costa Rica 683
§ 923. Derechos comprendidos en la libertad de locomoción 684
§ 924. Derecho de tránsito. Regulación federal 685
§ 925. Cambio de domicilio 686
§ 926. Derecho al pasaporte 686
§ 927. Caso de los concursados 687
§ 928. Restricciones económicas a la libre circulación 687
§ 929. Restricciones políticas. Estado de sitio 688
§ 930. Extradición 688
§ 931. Asilo 689
§ 932. Fuentes internacionales constitucionalizadas 689

Capítulo XXIV

DERECHO DE PENSAMIENTO Y EXPRESIÓN

A) Variables

§ 933. Introducción 691
§ 934. Derecho de pensamiento 692
§ 935. Derecho de expresión 692
§ 936. Derecho a no expresarse 693
§ 937. Derecho de comunicarse 694
§ 938. Derecho de opinión y de crítica 694
§ 939. Restricciones en función del sujeto 694

B) Derecho de prensa

§ 940. Tipos de prensa 695
a) Derecho de la industria o comercio de la prensa 695
b) Derecho de información 695
c) Derecho de crónica 696
d) Derecho de crítica 696
e) Derecho social a la información 696
§ 941. Papel del derecho de prensa en la sociedad democrática .. 696
§ 942. Ingredientes de la libertad de prensa 697
§ 943. Deber de veracidad 698
§ 944. Problemática del resguardo de las fuentes de información 698
§ 945. Determinación oficial del precio de los periódicos. Propaganda oficial 700

C) Censura y responsabilidades ulteriores

§ 946. Censura previa. Normas vigentes 701
§ 947. Clases de censura 702
§ 948. La censura en la jurisprudencia argentina 703
§ 949. Reexamen 704
§ 950. Censura previa y libertad de cultos 705
§ 951. Ámbito de prohibición de la censura 706
§ 952. Responsabilidades ulteriores 706

D) Derecho de réplica

§ 953. Normas vigentes 707
§ 954. Problemas exegéticos del Pacto de San José de Costa Rica 707
§ 955. Recepción en la Argentina 708
a) Objeto del derecho de réplica 709
b) El problema después de la reforma constitucional de 1994 709
§ 956. Compulsión a publicar 710

E) Derecho de prensa y otros derechos

§ 957. Derecho de prensa, derecho al honor y a la privacidad. Figuras privadas y públicas 711
§ 958. Informaciones falsas y erróneas. Doctrina de la "real malicia" 713
§ 959. Otros ámbitos de la libertad de expresión 715
a) Radio y televisión 715
b) Cinematografía 716
§ 960. Derecho a la información pública 717

F) Tutela legislativa y jurisdiccional sobre la libertad de expresión

§ 961. Restricciones a la prensa 718
§ 962. Competencias legislativas 719
§ 963. Competencias jurisdiccionales 719
§ 964. Fuentes internacionales constitucionalizadas 720

Capítulo XXV

DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE CULTO

§ 965. Distinción entre la libertad de conciencia y la de culto 723
§ 966. Normas aplicables 724
§ 967. Libertad de cultos y derecho de aprender 725
§ 968. Imparcialidad del Estado 725
§ 969. Matrimonio religioso y matrimonio civil 725
§ 970. Nombres 726
§ 971. Juramento 726
§ 972. Libertad de cultos y sufragio 726
§ 973. Servicio militar, libertad de creencias y autonomía de la persona 727
§ 974. Libertad de cultos y censura previa. Réplica 727
§ 975. Reglamentación de la libertad de cultos 727

§ 976. Consecuencias de la prohibición de actuación de un culto. Distintos ámbitos 728
a) Impugnación de la prohibición 728
b) Derecho de aprender 728
c) Residencia en el país 728
§ 977. Derecho a no declarar la religión 729
§ 978. Derecho a no practicar un culto 729
§ 979. Fuentes internacionales constitucionalizadas 729

Capítulo XXVI

DERECHO DE REUNIÓN

§ 980. Ubicación constitucional. Pacto de San José de Costa Rica 731
§ 981. La "causa lícita" para la reunión 732
§ 982. Reglamentación 732
§ 983. Sanciones 733
§ 984. Fuentes internacionales constitucionalizadas 733

Capítulo XXVII

DERECHO DE ASOCIACIÓN

§ 985. Normas vigentes 735
§ 986. El concepto de "fin útil" 735
§ 987. Asociación compulsiva 737
§ 988. Ingreso y egreso 738
§ 989. Fuentes internacionales constitucionalizadas 738

Capítulo XXVIII

DERECHO DE PETICIONAR

§ 990. Derecho de petición simple 741

§ 991. Derecho de petición calificado 742
§ 992. Derecho de petición prohibido 742
§ 993. Fuentes internacionales constitucionalizadas 743

Capítulo XXIX

DERECHO DE ENSEÑAR Y DE APRENDER

§ 994. Introducción 745
§ 995. Derecho a enseñar. Libertad de enseñanza 746
§ 996. Derechos de los docentes. Ingreso 747
§ 997. Libertad de cátedra 748
§ 998. Estabilidad de los docentes 748
§ 999. Derecho de aprender. Ingreso 749
§ 1000. Medidas disciplinarias y expulsiones de estudiantes 750
§ 1001. Derecho al diploma 751
§ 1002. Fuentes internacionales constitucionalizadas 751

Capítulo XXX

DERECHO A LA IGUALDAD

A) Disposiciones constitucionales generales

§ 1003. Introducción 753
§ 1004. Dimensión ideológica del derecho a la igualdad. Reforma de 1994 754
§ 1005. Directrices sobre la igualdad constitucional 755
a) Flexibilidad 755
b) Discriminación objetiva y discriminación arbitraria 755
c) Igualdad en igualdad de circunstancias 756
d) Desigualdad de la ley y no de la interpretación 756
§ 1006. Legitimación para impugnar la desigualdad 757
§ 1007. Especificaciones 757
a) Cambio de normas 757

b) Procedimientos 757
c) Federalismo 758
d) Tributos 760
e) Relaciones laborales 760
f) Sistemas previsionales 761
g) Ámbito civil 761
h) Quiebras 761
i) Plazos procesales penales para recuperar la libertad ... 762
j) Igualdad política 762
k) Radiodifusión 762
l) Deuda pública 762
m) Otros ámbitos 762
§ 1008. Regulación legal de la igualdad. Ley 23.592 762
§ 1009. Discriminación inversa. Las "cuotas benignas" 764

B) Disposiciones constitucionales específicas

§ 1010. Esclavitud 764
§ 1011. Títulos de nobleza 765
§ 1012. Fueros personales 766
§ 1013. Idoneidad 767
a) Convicciones políticas 767
b) Prohibiciones de reingreso 767
c) Cláusulas constitucionales de idoneidad 768
d) Idoneidad e intimidad. Sida 768
§ 1014. Igualdad ante las cargas públicas 768
§ 1015. Discriminación sexual. Antecedentes 769
§ 1016. Ley 24.012 de cupos femeninos 769
§ 1017. Otras acciones positivas en favor de la mujer 770
§ 1018. Homosexualidad y transexualismo 771
§ 1019. Situación constitucional del indígena 772
a) Preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos 773
b) Respeto a su identidad 773
c) Derecho a una educación bilingüe e intercultural 773
d) Personería jurídica de las comunidades indígenas 774
e) Posesión y propiedad comunitarias de las tierras que ocupan tradicionalmente 774
f) Entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano 775

g) Participación de los indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten 775
h) Propiedad comunitaria 775
§ 1020. Acciones positivas para niños, mujeres, ancianos y discapacitados 775
§ 1021. Fuentes internacionales constitucionalizadas 776

Capítulo XXXI

DERECHOS ECONOMICO-SOCIALES

A) Derecho de propiedad en general

§ 1022. Introducción. Disposiciones normativas 779
§ 1023. Perfil ideológico de la propiedad 780
a) Lectura individualista-liberal 780
b) Lectura cristiana 780
c) Lectura del Estado social de derecho 781
§ 1024. El problema en la Constitución de 1949 781
§ 1025. Recapitulación 781
§ 1026. Concepto genérico del derecho de propiedad. Su renuncia 782
§ 1027. Especificaciones del derecho constitucional de propiedad 782
a) Derechos derivados de los contratos 782
b) Derechos derivados de sentencias firmes 783
c) Derechos derivados de convenios colectivos 783
d) Derechos no discutidos 784
e) Salarios 784
f) Beneficios previsionales 784
g) Derechos adquiridos 784
h) Derecho a la reparación 785
§ 1028. Problemática constitucional de la indexación y de la desindexación 785
§ 1029. Pesificación 786
§ 1030. Limitaciones al derecho de propiedad 787

B) Propiedad intelectual, industrial y comercial

§ 1031. Propiedad autoral 790
§ 1032. Ley de propiedad intelectual 790
§ 1033. Propiedad industrial y comercial 791

C) Confiscación. Requisición por cuerpos armados

§ 1034. Ampliación de la regla constitucional 792
§ 1035. Situaciones que no importan confiscación 792
a) Restitución de bienes logrados ilícitamente 792
b) Bienes expropiados 792
c) Sanciones patrimoniales 792
d) Indemnizaciones laborales en favor de los trabajadores 793
e) Cargas sociales 793
f) Aumentos salariales 793
g) Impuestos 793
§ 1036. Casos de confiscación 793
a) Tributos excesivos 793
b) Disminución grave de haberes previsionales 793
c) Honorarios profesionales 793
d) Desapoderamiento de bienes de un propietario 794
§ 1037. Confiscación de la propiedad enemiga 794
§ 1038. Requisiciones por cuerpos armados 795

D) Expropiación

§ 1039. Dimensión constitucional 795
§ 1040. Sujetos 796
§ 1041. Objetos expropiables 796
§ 1042. ¿Expropiación de dinero? 797
§ 1043. Razón de la expropiación 797
§ 1044. Indemnización. Monto 798
§ 1045. Posesión y transferencia del bien 799
§ 1046. Desistimiento del juicio de expropiación 799
§ 1047. Abandono de la expropiación 800
§ 1048. Retrocesión 800

§ 1049. Expropiación irregular 800
§ 1050. Ocupación temporánea 801

E) Derecho al comercio

§ 1051. Ejercicio del comercio y de la industria 801
§ 1052. Producción compulsiva 802
§ 1053. Secreto comercial e industrial 803
§ 1054. Derecho a contratar 804
§ 1055. Derecho a no contratar 805
§ 1056. Derecho de navegar 805
§ 1057. Decreto 2284/91 de desregulación 806

F) El trabajo

§ 1058. Derecho de trabajar 806
§ 1059. Derecho "al" trabajo 807
§ 1060. Deber de trabajar 808
§ 1061. El trabajo en al artículo 14 bis. Pautas generales 808
§ 1062. Condiciones dignas y equitativas de labor 809
§ 1063. Jornada limitada 810
§ 1064. Descanso y vacaciones pagados 810
§ 1065. Retribución justa 810
§ 1066. Reducciones de sueldos 811
§ 1067. Salario mínimo, vital y móvil 811
§ 1068. Igual remuneración por igual tarea 812
§ 1069. Participación en las ganancias, dirección y producción ... 813
§ 1070. Protección contra el despido arbitrario 813
§ 1071. Estabilidad del empleado público 815
§ 1072. Estabilidad y carrera administrativa 816
§ 1073. Cesantías justificadas. Sumario 816
§ 1074. Prescindibilidad 817

G) Las organizaciones profesionales

§ 1075. Derecho a la organización sindical 818
§ 1076. Libertad sindical 819

§ 1077. Democracia sindical 819
§ 1078. Reconocimiento legal 820
§ 1079. Concertación de convenios colectivos 821
§ 1080. Relación entre el convenio colectivo y la ley 822
§ 1081. Conciliación y arbitraje 822
§ 1082. Derecho de huelga. El debate en la Convención Constituyente de 1957 823
§ 1083. Pautas jurisprudenciales 824
a) Operatividad del derecho de huelga 824
b) Estado de sitio 824
c) Derecho relativo 824
d) Calificación 824
e) Huelga por solidaridad 824
f) Violencia 824
g) Pago de salarios 824
h) Despidos 825
§ 1084. Regulación del derecho de huelga 825
§ 1085. "Lock out" 825
§ 1086. Garantías en favor de los representantes gremiales 826
§ 1087. Tutela sindical 826
§ 1088. Constitucionalidad del "fuero sindical" 827
§ 1089. Amparo sindical. Remisión 828

H) Seguridad social

§ 1090. Seguridad social integral e irrenunciable 828
§ 1091. Seguro social obligatorio 829
§ 1092. Afiliación a organismos de previsión social 829
§ 1093. Competencias nacionales y provinciales 830
§ 1094. Superposición de aportes 831
§ 1095. Jubilaciones y pensiones móviles 831
§ 1096. Crisis del sistema jubilatorio 833
§ 1097. Acceso a una vivienda digna 834

I) Derechos de los consumidores y usuarios

§ 1098. Introducción 835
§ 1099. Derechos y garantías 836

§ 1100. Políticas gubernativas 837
§ 1101. El caso de los servicios públicos 839
§ 1102. Evaluación 839
§ 1103. Fuentes internacionales constitucionalizadas 840

Capítulo XXXII

DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

§ 1104. Reglas vigentes 843
§ 1105. Derecho a casarse. Problemática del matrimonio homosexual 844
§ 1106. Impedimentos matrimoniales. Enfermedades venéreas y sida 845
§ 1107. Divorcio 846
§ 1108. Protección integral a la familia 847
§ 1109. Derecho a la maternidad. Derechos reproductivos 848
§ 1110. Derecho a la crianza y educación de los hijos 849
§ 1111. Compensación económica familiar 849
§ 1112. Defensa del bien de familia 850
§ 1113. Derechos del niño 850
§ 1114. Fuentes internacionales constitucionalizadas 853

Capítulo XXXIII

DERECHOS PROCESAL Y PENAL

A) Introducción

§ 1115. Normas constitucionales 855
§ 1116. Reglas del Pacto de San José de Costa Rica 856

B) Derecho constitucional procesal

§ 1117. Debido proceso "adjetivo" y "sustantivo" 856

§ 1118. Ámbito de validez del artículo 18 de la Constitución 856
§ 1119. Función de las normas procesales 857
§ 1120. Aplicación inmediata de las leyes procesales 857
§ 1121. Derecho a la jurisdicción 858
§ 1122. Derecho a la jurisdicción y justicia administrativa 859
§ 1123. Sometimiento de civiles a tribunales militares. Remisión 859
§ 1124. Principio de igualdad procesal 859
§ 1125. Principio de "justicia pronta" 860
§ 1126. Base constitucional de institutos procesales 861
§ 1127. Publicidad del proceso. El sistema acusatorio 862
§ 1128. Derecho a las etapas mínimas del proceso 863
§ 1129. Acusación 864
§ 1130. Derecho a la defensa 865
a) Derecho a ser oído 865
b) Derecho a elegir defensor 865
c) Obligatoriedad del defensor letrado 866
d) Defensa eficaz 867
§ 1131. Derecho a ofrecer y deber judicial de producción de pruebas 867
§ 1132. Confesiones compulsivas 868
a) Derecho a no declarar 868
b) Prohibición de tormentos y azotes 868
c) Derecho a no prestar juramento 868
§ 1133. El acusado como "sujeto" y como "objeto" de prueba 869
§ 1134. Pruebas inválidas. Problemática del agente encubierto y del testigo de identidad reservada 870
a) Doctrina de la exclusión 870
b) Doctrina del "fruto del árbol venenoso" ("fruit of the poisonous tree") 870
§ 1135. Acreditación de culpabilidad: principios de presunción de inocencia e "in dubio pro reo" 872
§ 1136. Sentencia. Cosa juzgada 873
§ 1137. Derecho al conocimiento del delito por el cual se condena 873
§ 1138. Derecho a recurrir. La instancia plural 874
§ 1139. Non bis in ídem 876
§ 1140. Situación del acusado durante el proceso 878
§ 1141. Derechos procesales del prófugo 879
§ 1142. El órgano tribunalicio. Imparcialidad e independencia 879

§ 1143. Principio del "juez natural" 880
a) Excepciones subjetivas 881
b) Excepciones objetivas 881
§ 1144. Principio de la "perpetuatio iurisdictionis" 881
§ 1145. El juez no natural (inconstitucional) 883
a) Comisiones especiales 883
b) Jueces especiales 883
c) Detracciones generales ilegítimas 883
d) Desfiguración del órgano 883
§ 1146. Sede del tribunal 883

C) Derecho constitucional penal

§ 1147. Introducción 885
§ 1148. Principio de legalidad 885
§ 1149. ¿Quién determina el delito? Ley penal en blanco 886
§ 1150. Problemática constitucional de los tipos penales abiertos 886
§ 1151. Delitos de autor y de sospecha 887
§ 1152. Delitos de peligro abstracto 888
§ 1153. Delitos constitucionalizados 889
a) Compraventa de personas 889
b) Sedición 889
c) Traición a la Patria 889
d) Concesión de facultades extraordinarias o suma del poder público 890
e) Atentado contra el orden institucional y el sistema democrático 890
f) Delitos contra el derecho de gentes 891
g) Otros delitos 894
§ 1154. Prohibición de la interpretación penal analógica y extensiva 894
§ 1155. Ley previa 895
§ 1156. Ley previa y cambios jurisprudenciales 895
§ 1157. Condena de la ley penal retroactiva 896
§ 1158. Admisión de la ley penal retroactiva más benigna 896
§ 1159. ¿Quién determina la pena? 897
§ 1160. Irretroactividad de la pena 898
§ 1161. Actualización de multas 898

§ 1162. Problemas constitucionales de las penas 898
a) Penas prohibidas por la Constitución 899
b) Principio de personalidad de la pena 899
c) Suspensión de jubilaciones, pensiones o retiros 899
d) Penas irrazonables 900
e) Disminución de penas. El "arrepentido" 900
f) Incremento de penas o medidas de seguridad por reincidencia 901
§ 1163. La pena privativa de libertad. Régimen carcelario 902
§ 1164. Trabajo forzoso en las prisiones 903
§ 1165. Indemnización por privación ilegítima de la libertad 903
§ 1166. Fuentes internacionales constitucionalizadas 904

Capítulo XXXIV

DERECHOS POLÍTICOS

§ 1167. Introducción 905
§ 1168. Derecho de reunión 906
§ 1169. Libertad de expresión política 906
§ 1170. Derecho-deber de votar 906
§ 1171. Derecho a ser elegido 907
§ 1172. Derecho a constituir partidos políticos 908
§ 1173. Proscripciones políticas 908
§ 1174. Derecho de iniciativa popular de leyes 910
§ 1175. Derecho de resistencia a la opresión 910
§ 1176. Modalidades 911
a) Resistencia pasiva 911
b) Resistencia activa 911
§ 1177. Reforma constitucional de 1994 911
§ 1178. Fuentes internacionales constitucionalizadas 912

Capítulo XXXV

REGLAMENTACIONES Y LIMITACIONES A LOS DERECHOS

§ 1179. Introducción. El poder de policía 915

§ 1180. Presupuestos de la reglamentación 916
a) No hay derechos absolutos 916
b) Todos los derechos son reglamentables 916
§ 1181. Topes 916
a) Dimensión permitida 916
b) Dimensión prohibida 917
§ 1182. Pautas. Test de legalidad 917
§ 1183. Test de razonabilidad. Variables 918
a) Razonabilidad normativa 918
b) Razonabilidad técnica 918
c) Razonabilidad axiológica 918
§ 1184. Irrazonabilidad por modificación del contexto de vida 919
§ 1185. Intensidad 919
a) ¿No sobre el acierto? 919
b) ¿No sobre el momento? 921
c) ¿No sobre los resultados? 921
§ 1186. La declaración de inconstitucionalidad como "ultima ratio". Cuestiones dudosas 922
§ 1187. El modelo de los dos planos 922
§ 1188. Extensión del poder de policía. Materias comprendidas 923
§ 1189. Competencia en materia del poder reglamentario 924
§ 1190. Restricciones en períodos de excepción 925
§ 1191. Fuentes internacionales constitucionalizadas 925

CAPÍTULO XXXVI

DEBERES CONSTITUCIONALES

§ 1192. "Deberes" y "obligaciones" constitucionales 927
§ 1193. Los deberes en las distintas etapas del constitucionalismo 927
§ 1194. Clasificación de los deberes constitucionales 928
a) En función del sujeto 929
b) En función del objeto 929
c) En función de su naturaleza 929
d) En función de su enunciado 929
§ 1195. Descripción de los deberes constitucionales. Cumplir con la Constitución y normas consecuentes 930
§ 1196. Respetar los derechos personales y las facultades del Estado 930

§ 1197. Evitar los actos declarados constitucionalmente delictivos o prohibidos 931
§ 1198. Cumplir con los impuestos y cargas enunciados en la Constitución 931
§ 1199. Cumplir con los "servicios personales" impuestos por la ley 932
§ 1200. Carácter de los deberes constitucionales 933
§ 1201. Fuentes internacionales constitucionalizadas 933

Bibliografía 935

Índice alfabético 943

PARTE PRIMERA

TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Capítulo Primero

EL CONSTITUCIONALISMO

A) Introducción. Preconstitucionalismo

§ 1. ***El derecho constitucional, producto del constitucionalismo.*** – El llamado constitucionalismo o movimiento constitucionalista es un proceso político-jurídico que, en su versión inicial, a partir del siglo XVIII, tuvo por objetivo establecer en cada Estado un documento legal –la constitución– con determinadas características.

a) *Aspectos formales.* Es un documento legal que consta de un texto escrito, único y orgánico con supremacía jurídica sobre el resto de las normas.

b) *Aspectos de contenido.* Estructura básicamente al Estado, dividiéndolo en –al menos– tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) y enuncia determinados derechos personales, conforme a una ideología política concreta (el individualismo liberal, también llamado *capitalismo*).

El movimiento constitucionalista procuró así *racionalizar el poder político*, creando la imagen de la *nomocracia*, o *gobierno de la ley* (todo acto del Estado, para ser válido y legítimo, debe derivar de una competencia prevista en una constitución).

§ 2. ***Situación previa al constitucionalismo.*** – Es factible encontrar ciertas ideas previas al movimiento constitucionalista, luego usufructuadas por éste.

a) En la Grecia clásica, la distinción entre un poder legislativo *ordinario* (asamblea o *ecclesia*) y un poder legislativo *superior*, encarnado en ciertas normas de mayor jerarquía (p.ej., las leyes de Solón, de Dracón y de Clístenes).

b) El pensamiento iusnaturalista, especialmente cristiano, que frente a la tesis romanista de que todo el derecho proviene del monarca, quien se hallaba desligado de la ley, sostuvo en cambio la primacía de reglas supremas (divinas o derivadas de la naturaleza humana) por sobre el derecho del soberano.

c) El aporte del derecho germánico medieval, especialmente en la noción de "reinado de la ley".

d) La admisión, clara en la Alta Edad Media, de la supremacía de ciertas normas sobre el derecho legislado común. Por ejemplo, en España, los *fueros*, como los de León, de 1020; de Jaca, de 1064; de Nájera, de 1076, etcétera. En Francia, las *leyes fundamentales* (*leges imperii*).

B) Etapa primera: el constitucionalismo individualista y liberal

§ 3. ***Concreciones.*** – El constitucionalismo de la primera etapa (siglos XVII a XIX) está al servicio del tercer estado (llamado, también, estado llano o burguesía: comerciantes, industriales, profesionales, clase media alta) que, a partir del siglo XVII, triunfa sobre el primer estado (el rey y la aristocracia) y el segundo estado (el clero). Esa victoria se concreta en tres grandes revoluciones, que producen diversos documentos constitucionales de gran predicamento posterior.

a) *Revolución Inglesa.* Ocurrida en el siglo XVII, que produce el *Agreement of the People* (pacto popular), en 1647, y, especialmente, el *Instrument of Government* (1653).

En 1689 se dictó, en Inglaterra, el *Bill of Rights*, o Declaración de Derechos, que junto con la *Petition of Rights* de 1620, la *Magna Carta* de 1215, el *Act of Settlement* (Acta de Establecimiento de 1701) y otros documentos, forma la parte esencial de la actual Constitución inorgánica británica.

b) *Revolución estadounidense.* Tuvo lugar en 1776, y produjo primero varias constituciones estaduales o locales (como la de Virginia de 1776) y luego la federal de 1787.

c) *Revolución Francesa.* Iniciada en 1789, estableció primero la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (27 de agosto de 1789) y después la Constitución de 1791.

§ 4. ***Bases ideológicas.*** – Para afianzar su triunfo sobre la aristocracia, el rey y el clero, y para neutralizar los avances de otro importante grupo político en auge (el cuarto estado o proletariado: empleados, obreros y campesinos, clases medias bajas), el tercer estado o burguesía manejará una doctrina de autolegitimación filosófica, política, jurídica y económica (la ideología individualista y liberal), y propiciará la sanción de ciertas leyes supremas (las *constituciones*) destinadas a afianzar, de modo solemne y sólido, el nuevo estado de cosas.

Las bases ideológicas fundamentales son las siguientes:

a) Por su parte, Hobbes aporta la idea de *sociedad posesiva de mercado*. El hombre es básicamente malo: lobo para el hombre (*homo homini lupus*). Una sociedad civilizada es aquella que sustituye el apetito primitivo de destrucción de todo hombre hacia su semejante, por el de acumulación ilimitada de riquezas. La lucha subsiste, pero moderada y según las reglas de juego legales que fija el Estado. Todo tiene su precio y puede venderse; *justo es lo que los individuos pacten libremente*. Al Estado le toca velar por el cumplimiento de los contratos.

b) A su vez, Locke subraya la presencia de derechos naturales, previos al Estado. Éste existe, sustancialmente, para asegurar a cada uno su *propiedad* (vida, libertad y bienes de una persona).

c) La escuela fisiocrática francesa (Quesnay, Légendre) añadirá la presencia de un "orden natural" (tal vez de origen divino) en la economía, que la regula armoniosamente. Los valores existentes en el mercado se balancean espontáneamente. Bueno es, entonces, que el Estado no se entrometa en ese terreno: *laissez faire, laissez passer, que le monde va de lui même* ("dejad hacer, dejad pasar, que el mundo va por sí solo"). De aquí se deriva, obligadamente, la ley económica de la oferta y demanda.

d) Por otro lado, Sieyès aporta la idea de la *nación* como sujeto del *poder constituyente*. Todo país debe tener una constitución, dictada por la *nación*. La *nación* se integra, básicamente, por el tercer estado o burguesía, puesto que el rey y el clero son, al lado de ese tercer estado, una minoría ínfima.

El ejercicio del poder constituyente debe confiarse, según Sieyès, no a representantes ordinarios, sino a los extraordinarios, erigidos en *asamblea constituyente*.

e) Para culminar la ideología individualista-posesiva, se recurre a la teoría de la representación política: no es bueno que el pueblo gobierne por sí mismo (Montesquieu). Lo correcto es que sean los representantes de la *nación* quienes dirijan el Estado, sin sujeción a mandato alguno (doctrina del *mandato libre*).

f) A su vez, los ciudadanos son divididos en dos categorías: *activos* (quienes pueden votar) y *pasivos* (quienes carecen de derechos electorales). Los activos son aquellos que reúnen ciertas cualidades (dinero, sexo y cultura) para sufragar.

§ 5. ***Resultados.*** – El producto final de este proceso ideológico es el siguiente.

a) Cualquier Estado debe tener una constitución formal, de ser posible escrita y en un texto unificado, con *supremacía* sobre el resto del ordenamiento jurídico.

La constitución cumple, pues, el papel de *conservar* el sistema político y jurídico por ella establecido.

b) Se instaura constitucionalmente un orden económico individualista y liberal, declarándose a la propiedad como derecho *inviolable* (Cerdeña, 1848, art. 29; Argentina, 1853, art. 14; Costa Rica, 1888, art. 29); *pleno* (Brasil, 1891, art. 72) y hasta *sagrado* (Haití, 1889, art. 19; Uruguay, 1830, art. 144).

Se enuncian también una serie de derechos correlativos, como los de *circulación* de esa propiedad, mediante la libertad de adquisición y disposición de los bienes (ley fundamental de Austria, art. 6°) y la prohibición de establecer derechos feudales o de vasallaje (íd., art. 7°). La constitución, por lo común, reconoce derechos de asociarse, de comerciar y navegar (p.ej., Argentina, 1853, art. 14), de ejercer cualquier industria.

Ninguna constitución del período pone topes a la posibilidad de acumular riqueza. Se permite, pues, acrecentarla ilimitadamente en manos privadas.

Hay derecho a trabajar y a no trabajar (Bolivia, 1878, art. 16: ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley). Se puede trabajar sin necesidad de afiliarse a gremios (Colombia, 1886); y éstos, algunas veces, son prohibidos por la constitución (Francia, 1791). No se reconoce en ella el derecho de huelga, que con frecuencia es reputado ilícito por la legislación ordinaria.

c) El constitucionalismo de la primera etapa implanta, igualmente, un nuevo orden político.

1) Éste tiene, en primer término, directrices antiaristocráticas, que disuelven las prerrogativas del rey, de la nobleza y del clero. Así, la Const. de Chile de 1833 declara que "no hay clase privilegiada" (art. 12).

2) Después de descargarse contra el primer y segundo estado, este constitucionalismo anestesia al cuarto (proletariado). La Const. francesa de 1791 niega la condición de ciudadano activo al "doméstico", o sea, al "servidor asalariado" (art. 2°, secc. II), y distingue entre "ciudadanos activos" y "pasivos".

Al mismo tiempo, después de excluir a los empleados del voto, se exige una significativa cantidad de dinero para desempeñar algunas funciones públicas: para ser senador, juez de la Corte Suprema de Justicia o presidente de la República, la Const. argentina de 1853 demanda disfrutar una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente (arts. 47, 76 y 97, esto importaría hoy un ingreso mensual no menor a los tres mil dólares).

La representación política, sustentada en la tesis del mandato *libre* o *representativo* (que en rigor de verdad, no es mandato alguno), condena como nula toda instrucción o mandato imperativo que se dé por el representado hacia el representante (p.ej., Francia, de 1958, art. 27).

En materia de igualdad, queda claro que la igualdad constitucional no borra las desigualdades reales (el Estatuto de Carlos Alberto de Cerdeña, 1848, p.ej., puntualizaba que "todos los habitantes del Reino, *sea cual fuere su condición y dignidad*, son iguales ante la ley", art. 24). Sustancialmente, la única desigualdad

condenada era la que provenía de la esclavitud, que es corrientemente eliminada (Honduras de 1894, art. 53; Bulgaria de 1879, art. 61; etcétera).

Por supuesto, los nuevos derechos beneficiaban al tercer estado, que, además de declararlos (puesto que las asambleas constituyentes estaban habitualmente formadas por representantes de su seno), se encontraba en condiciones culturales y económicas para ejercerlos. El cuarto estado (o asalariado) podía practicar algunos de ellos, pero no todos; difícilmente, por ejemplo, era posible un efectivo goce del derecho a aprender, de publicar las ideas, de viajar, de ser propietario o de mantener su privacidad, entre quienes, por su condición de analfabetos, de obreros con jornadas laborales de doce o más horas, con sueldos misérrimos, o de habitantes de tugurios e inquilinatos hacinados, carecían del tiempo, del dinero o de la cultura suficientes para acceder a ellos.

C) Etapa segunda: constitucionalismo del Estado social de derecho

§ 6. *Introducción. Crisis del constitucionalismo individualista-liberal.* – Paradójicamente, los tres ideales supremos del constitucionalismo liberal-individualista, enunciados al producirse la Revolución Francesa (*libertad, igualdad, fraternidad*), quedaron desvirtuados por aplicación del propio sistema jurídico-político que los proclamaba.

a) *Crisis de libertad.* Acontecimientos tecnológicos, como la Revolución Industrial, y económicos, como el libérrimo juego de la oferta y la demanda, así como la capacidad de acumular ilimitadamente las riquezas, produjeron fenómenos de enorme concentración económica que, en definitiva, extinguieron la libre concurrencia en el mercado. La presencia de *trusts*, carteles, monopolios y oligopolios estranguló, de hecho, las bases del sistema económico liberal.

b) *Crisis de igualdad.* La igualdad formal que declaraban las constituciones contrastó con enormes diferencias sociales entre la alta burguesía y el proletariado.

c) *Crisis de justicia.* El eslogan de la "fraternidad" fue tal vez el menos cumplido: el sistema constitucional individualista fue cualquier cosa, menos solidario. A fines del siglo XIX, una encíclica papal, la *Rerum Novarum*, advertía que la mayoría de los obreros "se debate indecorosamente en una situación miserable y calamitosa".

En resumen, emerge con toda fuerza un problema gravísimo e insoportable: la *cuestión social*, lo cual provocó cambios sustanciales en la estructura vigente. Diferentes doctrinas políticas (el *socialismo*, con sus múltiples versiones, el *sindicalismo*, el *solidarismo*, el *social cristianismo*, el *marxismo*, los *anarquismos*, el *corporativismo*, etc.), reclamaban un nuevo orden no individualista. Hasta el propio liberalismo termina por aceptar la necesidad de una reformulación sistemática: el *neoliberalismo*. Elabora, de tal modo, la noción de "economía social de mercado".

§ 7. *Concreciones.* – Tiene varias especificaciones, tal como lo veremos a continuación.

a) *El constitucionalismo neoliberal-social.* Despuntó con la revolución de febrero de 1848 en Francia, y dictó la Constitución del mismo año. Posteriormente se concreta en las revoluciones mejicana de 1910 (que sanciona la Const. de Querétaro de 1917) y alemana de 1918 (con la posterior Const. de Weimar de 1919), consideradas como modelos paradigmáticos del nuevo "constitucionalismo social".

Este constitucionalismo neoliberal-social es policlasista, habitualmente pluripartidocrático y, en cuanto a la cuota de poder conferida al Estado, moderado.

b) *El constitucionalismo marxista.* Se inició con la revolución comunista rusa de octubre de 1917, y la posterior Constitución de la República Socialista Federativa de los *Soviets* de Rusia (1918). Postuló inicialmente un Estado uniclasista, unipartidocrático y autoritario, erigido como "dictadura del proletariado".

En concreto, postula una nueva idea: la de "legalidad socialista", como expresión jurídica de la democracia marxista. Tal legalidad impone tres consecuencias: *1*) cumplimiento de las leyes que expresan la voluntad de los trabajadores; *2*) aplicación de esta exigencia a todos los funcionarios, y *3*) riguroso control de su cumplimiento.

c) *El constitucionalismo corporativo.* Especialmente encarnado en los gobiernos de Mussolini en Italia (1922), Oliveira Salazar en Portugal (1932) y Franco en España (1939), del que emergen documentos constitucionales *inorgánicos* o dispersos (Italia: leyes del 24 de diciembre de 1925 y 17 de mayo de 1928; *Carta del Lavoro* de 1927, etc.), u *orgánicos* (Portugal, Constitución de 1933). Auspicia un Estado pluriclasista, generalmente unipartidocrático y autoritario.

§ 8. ***Bases ideológicas.*** – Enumeraremos, resumidamente, las bases siguientes.

a) *Concepto positivo de libertad.* Aquí se trata de ver a la libertad como una *facultad* o *potencia*: alguien es libre en la medida en que *realmente* pueda optar entre hacer o no hacer algo.

b) *Concepto sustancial de la igualdad.* El constitucionalismo social, reclama asimismo una relativa igualdad de hecho entre los seres humanos (en particular, igualdad de oportunidades).

c) *Participación política.* A la tesis de la "democracia representativa", según la cual el pueblo no gobierna por sí, sino que elige a los representantes, el constitucionalismo social añade la idea de *democracia participativa*: un régimen donde la comunidad interviene también en la adopción de ciertas decisiones políticas y económicas.

d) *Dignificación ética y política del trabajo y de los trabajadores.* El constitucionalismo social, en lugar de devaluar a los asalariados, procura valorizarlos. Por eso se declara al trabajo derecho-deber, o función social, y se afirma el principio del sufragio universal.

Algunos Estados sociales se proclaman basados en el trabajo, o se titulan Estados de trabajadores. Es usual también darles a éstos, y a los empresarios, papeles legisferantes (en el Parlamento, o en la elaboración de los convenios colectivos de trabajo, que tienen fuerza de ley).

e) *Función social de la propiedad.* Concepto que involucra los siguientes elementos: la propiedad –en particular la que no cumple usos o fines exclusivamente personales– no tiene que ser manejada caprichosamente por su titular, sino que debe atender

necesidades sociales; dicha propiedad no puede, correlativamente, ser empleada con fines antisociales.

f) *La dignidad de vida como meta gubernativa.* El Estado social promete brindar a todos un nivel decoroso de vida. Intenta, pues, resolver ciertas necesidades mínimas, como salud, vivienda y educación. Del "Estado-gendarme" individualista se pasa así al "Estado de bienestar" (*well-fare state*).

g) *La solidaridad como deber jurídico.* Al respecto, se entiende que el goce y satisfacción de una serie de apetitos y necesidades personales deben posponerse a la previa solución de una serie de carencias grupales elementales que ya hemos citado: vivienda, salud y educación.

h) *Justicia social.* La justicia social opera como una justicia protectora de los carecientes y débiles. De hecho, es una justicia en buena medida *niveladora*; de ningún modo ciega a las desigualdades irritantes o ilegítimas.

i) *Intervencionismo estatal.* Naturalmente, para cumplimentar todos los roles que le asigna el constitucionalismo social, el Estado debe asumir un rol protagónico en la vida económica y social: legisla más, regula más, interviene como empresario, etcétera.

§ 9. ***Enunciados normativos.*** – Detallamos los distintos postulados del Estado Social.

a) Tiene por meta, igual que el constitucionalismo de la primera etapa, *establecer un orden económico distinto*. Es usual, a esos fines, que los Estados se definan como *sociales* (así, Francia, 1958, art. 2°; Perú, 1979, art. 79); o que reconozcan a la *justicia social* (España, Fuero del Trabajo, Preámbulo; Polonia, Const. de 1952, art. 5°, inc. 5°; la Argentina, Const. de 1949, Preámbulo, etcétera).

Para lograr esos fines, resulta frecuente que el Estado social asuma la promoción de las clases trabajadoras. El célebre art. 3° de la Const. italiana de 1947 indica, por ejemplo, que "incumbe a la República remover los obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la libertad personal y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la

efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

En ese marco, el trabajo es dignificado: Italia, Const. de 1947, art. 1º, se define como "una república democrática fundada en el trabajo", mientras que China, en la Const. de 1954, lo reputa como "actividad honrosa para todos los ciudadanos". Habitualmente se conceptúa al trabajo, además, como un *deber* y *función social* (Const. de Weimar, art. 163; de España de 1931, art. 46; Japón, art. 27).

Consecuentemente, hay una protección constitucional del trabajo y del trabajador, incluyendo remuneraciones justas, igual salario por igual tarea, sueldos mínimos, asignaciones familiares, jornadas limitadas, descansos y vacaciones, seguridad e higiene en el lugar de trabajo, previsión social, etc. (la Argentina, art. 14 bis; el Perú, art. 42 y ss.), con más el derecho a sindicalizarse, a la tutela de los representantes gremiales (p.ej., Guatemala, art. 101 y ss.); el derecho a la huelga (Italia, 1947, art. 40).

Paralelamente, la *función social de la propiedad* es un principio divulgado (p.ej., Const. de Weimar, art. 153; Irlanda de 1937, art. 45; Italia de 1947, art. 42; Portugal de 1933).

La dignidad de la vida, como objetivo del Estado (que debe asegurar lo necesario para una subsistencia y demás necesidades básicas), es una meta común que aparece en constituciones del más variado signo ideológico: Irlanda, art. 45, inc. 2°; Italia, art. 29 y ss., con relación a la familia, maternidad, infancia y juventud; a la seguridad social, salud, vivienda, ambiente y calidad de vida: art. 63 y siguientes.

La intervención estatal en la vida económica se refleja en el tratamiento constitucional de las relaciones económicas (donde se regula la actividad empresarial pública y privada, los fines estatales en la economía y las normas protectoras de los trabajadores).

Por último, el listado de *deberes* personales en el ámbito económico y social incluye, por ejemplo, la obligación de contribuir al afianzamiento de la solidaridad y del humanitarismo entre los hombres (Yugoslavia, Const. de 1974, Preámbulo, IX; Grecia, art. 25).

b) También postula el constitucionalismo social *un nuevo orden político*, con *dos variables principales*: o el cuarto estado (proletariado) se suma al tercer estado (burguesía) en una coexistencia programada, pluriclasista (sistemas neoliberal-social y corporativo); o el cuarto estado procura extinguir al tercer estado y formar una sociedad política uniclasista (constitucionalismo marxista).

§ 10. ***Resultados y replanteo crítico del constitucionalismo neoliberal-social.*** – Interesa averiguar el grado de concreción del constitucionalismo social en la realidad contemporánea. En el constitucionalismo neoliberal-social, la situación es bien distinta, según se trate de naciones desarrolladas o subdesarrolladas.

Con relación a las primeras (países del "primer mundo"), el constitucionalismo social puede exhibir logros muy positivos, tanto en lo económico como en lo político. La cuestión social que motivó su aparición puede reputarse resuelta en buena medida. Es verdad que no todos los sectores sociales han alcanzado un estándar de vida aceptable, como que el principio de igualdad de oportunidades resulta todavía una meta teórica, ya que las desigualdades de hecho subsisten, y en ciertos casos son enormes. La participación ciudadana en la vida pública es también relativa, y de vez en cuando se ve entorpecida por un subproducto del sistema político, la *partidocracia*.

En las naciones subdesarrolladas, esto es, en los países con bajos ingresos *per cápita* (países del tercer mundo), el constitucionalismo neoliberal-social resulta vulnerable.

La objeción principal que se formula es la *ficción constitucional* que significa la proclamación pomposa, en la ley suprema, de un inagotable listado de fines, principios, postulados, derechos personales y sociales, mientras una cruda realidad muestra situaciones de desigualdades irritantes, como explotación, analfabetismo, desnutrición, pobreza, desatención médica y déficit habitacional, salarios indignos y jubilaciones ínfimas.

Ese desajuste entre la norma constitucional y la realidad constitucional, más acentuado en las áreas económicosociales, genera en varios países del tercer mundo un constitucionalismo neoliberal-social "de derecho", *utópico* algunas veces (porque promete lo inalcanzable, con conciencia o no de su irrealidad), *gatopardista* en otras (ya que las promesas constitucionales simulan un cambio que en definitiva sólo se opera en las palabras) y ocasionalmente

farisaico (en los casos donde la constitución, impecable catálogo de ilusiones, sólo tiene por objeto ser exhibida hipócritamente en la vitrina del derecho público comparado: caso de la constitución *for export*, es decir, inapta para el consumo local).

El momento actual exhibe, pues, el pase "del Estado de bienestar al Estado de malestar" (García Cotarelo), o el nacimiento de un Estado *post social* (Porra Nadales), aunque para otros la crisis del Estado social de derecho no es terminal, sino transitoria y generadora de un Estado social corregido y mejorado (Pedro Planas), apto para purgarse de sus vicios y exageraciones.

§ 11. ***Constitucionalismo marxista.*** – Las objeciones al constitucionalismo marxista han sido de dos órdenes.

a) En primer término, y en cuanto la vigencia de los derechos personales, se objeta también su fariseísmo, en particular ante la presencia de un "poder pesado", de corte totalitario, y de "reglas no escritas", paralelas o superiores a la constitución formal, que de hecho instrumentan prácticas oficiales de coerción y sanción a disidentes y contestatarios del sistema, a cargo del aparato represivo del Estado.

En lo económico, aun desde la misma filosofía marxista, se ha reprochado al constitucionalismo oficial imponer una suerte de "capitalismo de Estado".

b) Por último, también desde sectores marxistas se ha apuntado la aparición de una nueva clase, una "dictadura del partido", y no "del proletariado", nueva clase formada a la luz de las disposiciones constitucionales que, como el art. 6° de la Const. de la Unión Soviética de 1977, atribuían al Partido Comunista la condición de "fuerza dirigente y orientadora de la sociedad", "núcleo de su sistema político", definidor "de la orientación general del desarrollo de la sociedad".

A lo expuesto se suma el vaciamiento ideológico actual del marxismo, especialmente a partir del proceso de *perestroika* iniciado en la Unión Soviética en 1985, transformación que ha repercutido profundamente en las constituciones otrora marxistas de Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Bulgaria, Rumania, e incluso dentro de la misma Unión Soviética, hoy fragmentada en diversos Estados.

Nos encontramos, pues, ante un constitucionalismo marxista casi extinguido, abroquelado sólo en poquísimos países (p.ej.; China, Vietnam, Cuba, Corea del Norte).

§ 12. ***Constitucionalismo corporativo.*** – La crisis de este subtipo de constitucionalismo social ha sido intensa, ya que prácticamente ningún Estado conserva sus bases esenciales, aunque sí existan representaciones con ingredientes profesionales en algunos países de conformación neoliberal-social (así, p.ej., el Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador, según el art. 140 de su Constitución; o el Senado irlandés, a tenor del art. 18 de su Const. de 1937).

De todos modos, la estrecha vinculación del constitucionalismo orgánico o corporativista a fórmulas y experiencias autoritarias y unipartidistas (no disimuladas, por lo demás, en esta variable) lo ha deslegitimado en buena medida, aunque, desde luego, es posible programar una democracia orgánica con auténticos derechos personales. Esta alternativa, sin embargo, exigiría una demostración acabada de su real viabilidad y de la presencia de un fuerte consenso que la avale.

§ 13. ***Constitucionalismo actual. Perspectivas. Neoconstitucionalismos.*** – Al declinar el siglo XX, el constitucionalismo contemporáneo registra estas notas peculiares:

a) La casi extinción del constitucionalismo corporativo y el repliegue del constitucionalismo marxista, después de los procesos de *perestroika* y *glasmost*, que han provocado la occidentalización de la mayor parte de los otrora Estados comunistas.

b) Un constitucionalismo social más discreto y menos intervencionista en el enunciado de metas y programas de acción.

c) El aumento del número de constituciones formales, a raíz de la multiplicación de los Estados independientes.

d) El auge del derecho transnacional, presente en las nuevas constituciones con distintas variaciones; pero, en general, con un reconocimiento, en las constituciones nacionales, de las normas del derecho internacional (Const. alemana federal de 1949, art. 24; Italia, de 1947).

e) La acentuación del principio de *desconcentración* (división de funciones y multiplicación de estructuras), con la aparición de numerosos órganos *extrapoder*, situados fuera de la esfera de los tres poderes clásicos (Ministerio Público, consejo de la magistratura, jurado o tribunal superior de elecciones, etcétera).

f) La generalización del *ombudsman*.

g) El enunciado de nuevos derechos personales, como la "objeción de conciencia" para prestar el servicio militar (Alemania Federal, art. 12), el "derecho de antena" (Portugal, art. 40); el derecho a la propia imagen (España, art. 18); el derecho a la protección del medio ambiente (Grecia, art. 24-1; Malta, art. 9°), y de protección de los consumidores (España, art. 51), etcétera. Son los llamados "derechos de tercera" (o "cuarta generación").

h) La aparición de constitucionalismos sui géneris, autodenominados *sociales*.

En tal sentido, cabe mencionar el constitucionalismo teocrático de la República Islámica del Irán, que enuncia una serie de derechos sociales (art. 29 y ss.), adopta como religión del Estado al Islam, "hasta el fin de los días", y sostiene el principio de la intransigencia ética (art. 8°). Sólo es permitido el ejercicio de ciertos cultos (art. 13), y las leyes deben respetar, junto con la Constitución, las reglas del Corán (art. 98), para lo cual existe un órgano de control de constitucionalidad llamado "consejo de los custodios".

i) Algunos autores hablan incluso de *neocontitucionalismo*, al que se adcribirán Dworkin, Ferrajoli, Zagrebelsky, entre otros, ya como teoría jurídica, ideológica o método, surgido a partir de la segunda posguerra. Aun cuando no se encuentra esta concepción perfectamente delineada (más bien, es heterogénea), pueden señalarse como rasgos principales, por ejemplo, una concepción "invasora" u "omnipresente" de la Constitución, en el sentido que ella debe iluminar todo análisis jurídico en cualquier rama del derecho; la visualización de la misma como un conjunto de normas, pero sobre todo, de principios, y que debe procurar, más que la limitación del poder estatal, la tutela de derechos fundamentales de la persona. Se atribuye a esta posición propiciar la "ponderación" de derechos y bienes, para definir respuestas constitucionales; y

propiciar una "interpretación moral" de la Constitución (Comanducci). Para Prieto Sanchis, en un enfoque crítico, el neoconstitucionalismo deriva hacia la "omnipotencia judicial", con un sensible arrinconamiento del Poder Legislativo, dado que la indeterminación de los vocablos empleados en los documentos constitucionales, más la exaltación de los principios sobre las normas, conduce a que sean los jueces quienes delimiten en definitiva la esencia de la constitución y vigilen a los otros Poderes del Estado.

Capítulo II

DERECHO CONSTITUCIONAL. CARACTERES, DIMENSIONES Y DESARROLLO

A) Concepto

§ 14. *Noción.* – El derecho constitucional es el sector del mundo jurídico que se ocupa de *la organización fundamental del Estado*.

El contenido de lo que es "fundamental" o "no fundamental" para un Estado, depende del criterio jurídico-político de cada comunidad. Por supuesto, se refiere a la estructuración de los poderes básicos de ese Estado y a la delimitación de las facultades, competencias y atribuciones de éste, así como al reconocimiento de los derechos personales y sociales que se reputen esenciales.

Por ocuparse de asuntos *fundamentales*, se atribuye al derecho constitucional el carácter de *causalidad* del orden jurídico total de un país. En efecto, actúa como causa formal de ese orden, al indicar *quién* hace las normas y *cómo* debe elaborarlas, al mismo tiempo que fija ciertas directrices mínimas de *contenido* de esas reglas subconstitucionales.

Por ejemplo, en el art. 77 y ss., la Constitución argentina se ocupa "de la formación y sanción de las leyes", mientras que en el art. 16 enuncia pautas de igualdad en materia de impuestos y cargas públicas. El art. 17 indica que debe respetarse el derecho de propiedad; el art. 18 prohíbe ciertos tipos de penas en el ámbito del derecho criminal, etcétera.

§ 15. ***Denominación.*** – La expresión "derecho constitucional" es la usual en España (donde superó al título de "derecho político"), Italia e Iberoamérica. En la literatura soviética es más frecuente hablar de "derecho estatal". En Francia, la asignatura fue llamada "derecho político", "derecho político constitucional", o "derecho constitucional político". Actualmente se lo conoce como "derecho constitucional e instituciones políticas". En Alemania se habla de "derecho constitucional" y "derecho estatal".

§ 16. ***Partes.*** – Es factible distinguir distintos segmentos en la disciplina.

a) *Derecho constitucional particular.* Estudia la organización constitucional de un Estado concreto (p.ej., derecho constitucional español o italiano). Se lo llama también "derecho constitucional especial".

b) *Derecho constitucional comparado.* Su objeto es el análisis de los distintos derechos constitucionales especiales, a fin de sistematizarlos o clasificarlos (p.ej., derecho constitucional liberal-capitalista, marxista, corporativista), detectar sus similitudes, ventajas e inconvenientes, con el propósito de mejorar las instituciones locales y, de ser necesario, unificarlas.

c) *Derecho constitucional general.* Su propósito es construir una "teoría constitucional" o "teoría de la constitución", de tipo abstracto, partiendo de los derechos constitucionales particulares.

d) *Derecho constitucional internacional.* Con esta expresión últimamente se alude al derecho que deben organizar (o "constitucionalizar") entes internacionales o transnacionales, como la Organización de las Naciones Unidas.

§ 17. ***Principios específicos.*** – Cabe averiguar cuáles son los principios propios del derecho constitucional (esto es, los especiales de esta materia) que incluyen los principios generales del derecho, válidos éstos para cualquier rama del mundo jurídico.

a) *Principio de fundamentalidad.* Indica que el derecho constitucional se ocupa solamente de lo que sea *esencial* para la estructura y funcionamiento del Estado. Le toca así sancionar las bases del *estatuto del poder* y del *estatuto de los derechos.*

Del principio de *fundamentalidad* se desprenden estos subprincipios.

1) *Subprincipio de organización.* La constitución tiene que diagramar los poderes básicos del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial, además del orden constituyente y electoral), y determinar cómo toman sus decisiones, cómo las cumplen y cómo se coordinan entre sí.

2) *Subprincipio de distribución.* Asigna competencias a los órganos del poder y deslinda las facultades del Estado y los derechos de los particulares. Se integra con las ideas de delimitación e indelegabilidad: si la constitución imputa una tarea a un órgano del poder, él debe asumirla, y no cederla o transferirla a otro. A esto se lo llama también subprincipio de *corrección funcional* (Hesse).

3) *Subprincipio de responsabilidad.* Al contrario del sistema absolutista, según el cual el gobernante es irresponsable, en el régimen constitucionalista impera el principio de responsabilidad, que a su vez exige instrumentar dispositivos de *control.*

4) *Subprincipio de finalidad.* La constitución debe enunciar los fines y objetivos básicos del Estado, lo que importa definir su *ideología.*

b) *Principio de totalidad.* En sentido opuesto a las otras materias jurídicas, que enfocan aspectos parciales del derecho, el derecho constitucional importa la programación de los aspectos básicos de *toda* la vida estatal y social.

c) *Principio de perdurabilidad.* La constitución, a diferencia de las leyes y normas comunes, tiene una mayor vocación de permanencia: es "un instrumento constante de gobierno", destinada a perdurar, regulando la evolución de la vida nacional ("Nación Argentina c/Prov. de Buenos Aires", *Fallos*, 256:588).

Por tanto, la constitución no debe ocuparse de temas contingentes y accesorios.

d) *Principio de supremacía.* Con relación a las normas de otras disciplinas (códigos civiles y penales, leyes laborales, etc.), muchas reglas de derecho constitucional (las insertadas en la constitución) tienen *supremacía*, esto es, superioridad. El derecho opuesto a la constitución es derecho inválido.

El principio de supremacía constitucional se completa con la tesis de la *rigidez* de la constitución, en el sentido de que no puede reformarse si no es por medio de procedimientos especiales, más difíciles que los del cambio de una norma común.

La doctrina kelseniana ha advertido, al respecto, que existe una *norma de habilitación*, por la cual la decisión de una corte suprema, al ser irrecurrible, es siempre *formalmente* constitucional, aunque *materialmente* vaya contra la constitución.

También se erosiona la supremacía constitucional ante interpretaciones desnaturalizadoras de la constitución (p.ej., en la Argentina, la que admitía las leyes secretas, antes de la sanción de la ley 26.134 que ordenó publicarlas), y actualmente, ante el proceso de internacionalización de las constituciones, mediante la aparición de un derecho supranacional y de órganos supranacionales que se superponen a la constitución local y a las autoridades nacionales (p.ej., el Pacto de San José de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

e) *Principio de funcionalidad.* Exige que la constitución sea *útil.* Genera estos subprincipios.

1) *Subprincipio de eficacia.* El derecho constitucional y la constitución deben ser eficientes. Agrega nuestra Corte Suprema que sus cláusulas tienen que entenderse de manera que no se pongan en conflicto unas con otras, debiéndoselas interpretar de modo armónico ("Madanes", *Fallos*, 300:596).

2) *Subprincipio de cooperación.* Alerta que los poderes públicos son partes coordinadas de un mismo gobierno (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en "Hampton"), que deben, incluso, ayudarse mutuamente, según "el sentido común y las necesidades inherentes a la coordinación gubernamental".

3) *Subprincipio de persistencia.* Explica que el derecho constitucional debe operar como herramienta para la estabilidad y supervivencia del sistema político, ya que se encuentra a su servicio (además, sin Estado no habrá constitución).

Ello impone interpretar y aplicar la constitución no como una ley común, sino como un *instrumento de gobierno* (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en "USA v. Classic"), con una lógica de la normalidad en épocas normales y con una

lógica de la emergencia en situaciones de esta índole, como la guerra.

4) *Subprincipio de adaptación.* Impone amoldar la constitución a las cambiantes necesidades de la vida social, según una interpretación dinámica y evolutiva de ella ("SA Vialco", *Fallos*, 301:1122, voto de Mario Justo López).

f) *Principio ideológico: el Estado social de derecho.* Por último, el derecho constitucional –la rama más politizada del ordenamiento jurídico, ya que se ocupa de estructurar al Estado– no es ideológicamente neutro o indiferente.

En la actualidad, los principios de esta disciplina deben subordinarse a la concepción ideológica del *Estado social de derecho*, fórmula que tiene ingredientes *formales* (sumisión de las autoridades a las normas constitucionales y legales; fundamentación del poder en la ley; en otras palabras, Estado *legalitario*) y *de contenido* (concepto positivo de libertad; mayor igualdad real; democracia participativa, y no sólo representativa; justicia social; función social de la propiedad; la solidaridad como deber jurídico, etc.; ver § 8).

§ 18. ***Futuro de la disciplina.*** – La profundización y especialización de los estudios constitucionalistas ha motivado un evidente *crecimiento* de esta materia, cuyo valor aumenta, desde luego, ante los procesos de *reconstitucionalización* operados en Latinoamérica (donde países con gobiernos de facto han vuelto a sistemas constitucionales).

Ese auge de la disciplina estimula el incremento y tal vez el despegue de capítulos importantes del derecho constitucional, que tienden a aumentar en importancia. Así, *derechos humanos*, *derecho parlamentario*, *derecho judicial*, *derecho procesal constitucional*, *derecho electoral*, *derecho público provincial* (en los países federales), *derecho regional* (en las naciones con estructura regional), *derecho municipal*, etcétera.

§ 19. ***Conexiones.*** – El derecho constitucional tiene vínculos directos con varias disciplinas jurídicas.

a) *Derecho político.* Su contenido coincide aproximadamente con el *derecho constitucional general* (ver § 16).

b) *Derecho público.* Por supuesto, si el derecho constitucional atiende la estructura fundamental del Estado, es parte del derecho público (que tiene como protagonista, habitualmente, al Estado).

De todos modos, el derecho público es más amplio que el derecho constitucional, ya que se ocupa tanto de temas *constitucionales* como de asuntos *infraconstitucionales* (p.ej., del derecho penal, administrativo, de minería).

c) *Derecho internacional.* Como el derecho constitucional trata la organización fundamental del Estado, se ocupa en parte de su actuación internacional (así, p.ej., cuando disciplina cómo se aprueban los tratados, su jerarquía, y cuando la Constitución se ocupa de su contenido: arts. 27 y 75, inc. 22, Const. nacional).

Paralelamente, el derecho internacional público también condiciona hoy al derecho constitucional. Así, por ejemplo, un instrumento como el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Interamericana de Derechos Humanos) impide, en tanto no sea denunciado, que el Estado signatario desconozca en su constitución (o en el resto del derecho interno) los derechos que proclama dicho Pacto.

d) *Derechos infraconstitucionales.* El derecho constitucional tiene un privilegio del que carecen los otros derechos: cuando reputa que un instituto jurídico *infraconstitucional* (esto es, situado bajo la constitución, de índole civil, mercantil, laboral, penal, agrario, etc.) es decisivo para la estructura y funcionalidad del Estado, lo "captura" y lo lleva a la constitución, según el principio de *fundamentalidad* (ver § 17).

Por eso es posible hablar de un *derecho constitucional laboral*, de un *derecho constitucional civil*, de un *derecho constitucional penal*, etc., entendidos como sectores del derecho constitucional que se ocupan de temas de índole laboral, civil, penal, entre otros.

B) Desarrollo académico

§ 20. ***Origen de las cátedras de derecho constitucional.*** – Tal vez la cátedra en Oxford de sir William Blackstone (1758), llamada "Sobre el estudio del derecho" (*About the study of the law*), y que se ocupaba "de las leyes y Constitución" de Inglaterra, sea la primera aproximación a la disciplina.

Sin embargo, la doctrina califica por lo común como la cátedra inicial de la asignatura la abierta en 1797, en Ferrara, llamada *Diritto costituzionale cispadano e giuspubblico universale*, a cargo de José Compagnoni de Luzo.

§ 21. ***Inicios en la Argentina.*** – En 1834 nació la primera cátedra de derecho constitucional en nuestro país, en la Universidad provincial de Córdoba, a cargo de Santiago Derqui, años después presidente de la Confederación Argentina.

En la Universidad de Buenos Aires se estableció la disciplina en 1855, encomendándose la cátedra a Domingo F. Sarmiento. De hecho, la inauguró el colombiano Florentino González.

§ 22. ***Principales etapas.*** – En rigor de verdad, no puede hablarse de una "escuela" (orgánica y específica) argentina de derecho constitucional. Sí es factible verificar distintos períodos en la evolución del derecho constitucional argentino.

a) El primero, de *formación*, surge incluso antes del dictado de la Constitución de 1853, con los escritos de Esteban Echeverría (en particular, el *Dogma socialista*) y de Juan B. Alberdi (preferentemente las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*).

Después de sancionada la Constitución de 1853, se destacan Domingo F. Sarmiento (*Comentarios de la Constitución argentina*), Florentino González (*Lecciones de derecho constitucional*), el *Curso de derecho constitucional* de José M. Estrada, las *Lecciones de derecho constitucional* de Manuel Montes de Oca, entre otras.

b) El segundo, de *consolidación*, presenta dos obras clave: el *Manual de la Constitución argentina*, de Joaquín V. González (1897), y el *Derecho constitucional argentino*, de Juan A. González Calderón (a partir de 1917, con varias ediciones).

c) El tercero, de *reelaboración*, cuyo inicio tal vez pueda marcarse al comienzo de los años sesenta, tuvo entonces como representantes más destacados a Germán J. Bidart Campos, inspira-

do en el pensamiento tridimensionalista (p.ej., *Derecho constitucional*, de 1964; *El derecho constitucional del poder*, de 1967), a Humberto Quiroga Lavié (*Derecho constitucional*, 1978), con aportes sociologistas vinculados de modo particular con Max Weber, y la *Teoría constitucional* de Jorge R. Vanossi (1975).

C) Dimensiones

§ 23. ***Dimensión normativa.*** – Como cualquier rama del derecho, el derecho constitucional cuenta con tres partes fundamentales: *normativa*, *fáctica* y *axiológica*.

La dimensión normativa comprende, obviamente, las *normas* de derecho constitucional. Las hay de distinto tipo y categoría.

a) *Normas de derecho constitucional primario.* Son las reglas de derecho constitucional que tienen *supremacía*, esto es, que gozan de superioridad con relación a las demás reglas jurídicas. Existen reglas de derecho constitucional primario *formal*, impresas en el texto constitucional, y reglas de derecho constitucional primario *informal*, que nacen de la costumbre constitucional (*derecho constitucional consuetudinario*), y del *derecho repentino*.

b) *Normas de derecho constitucional secundario.* Se trata de reglas jurídicas que *complementan* de modo indispensable a las del derecho constitucional primario (ley de ministerios, ley orgánica del Poder Judicial, reglamentos de las cámaras legislativas, etcétera). Según el caso, son también de derecho *formal* (elaboradas y promulgadas según el derecho positivo en vigor) o de derecho *informal* (derecho *consuetudinario* y *repentino*).

El derecho constitucional secundario no tiene "supremacía", como sí la tiene el primario.

§ 24. ***Dimensión fáctica.*** – Se integra con las *conductas* de los operadores (o "aplicadores") de la constitución (*hechos* y *omisiones* de quienes efectivizan la constitución).

Tales conductas pueden ser conformes a las normas (formales o informales) del derecho constitucional (primario o secundario), o ser opuestas a ellas. En el primer caso se trata de hechos constitucionales, y en el segundo, de hechos inconstitucionales. Sin embargo, si las infracciones a la constitución se repiten y dejan de reprimirse por los órganos encargados de vigilar la supremacía de ella, es probable que en la dimensión fáctica del derecho constitucional se creen normas de derecho constitucional consuetudinario modificatorias o derogatorias (ver § 93) del derecho constitucional preexistente (formal o informal). Décadas atrás, Jellinek llamó a este fenómeno, con acierto, el "valor normativo de lo fáctico" (ver § 145 y siguientes).

§ 25. ***Dimensión axiológica.*** – Se ocupa de los *valores* constitucionales (p.ej., en la Constitución argentina, los principios de justicia, libertad, orden, paz, bienestar general, etc., enunciados principalmente en el Preámbulo).

Los valores tienen distinta cotización según las diferentes ideologías. En términos muy simples, puede advertirse que el liberalismo prefiere el valor *libertad*, las posturas socialistas el valor *igualdad*, el social cristianismo el valor *justicia* y *bien común*, los autoritarismos, el valor *orden* y *seguridad*, etcétera.

Los valores constitucionales *legitiman* (justifican, apoyan) determinadas normas y conductas constitucionales y *deslegitiman* (reprueban) otras. Esto se traduce en términos de obediencia y de desobediencia. En casos extremos, de constituciones o de regímenes decididamente ilegítimos (despotismos, sistemas totalitarios o conculcatorios de los derechos fundamentales), los valores pueden autorizar hasta el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión (derecho no enumerado en el art. 33, y, parcialmente normado, en el actual art. 36, Const. nacional).

§ 26. ***Visión integral de las tres dimensiones.*** – Todo problema constitucional debe estudiarse mediante el triple enfoque que describimos. Posteriormente, cabe evaluar en su conjunto los resultados de tal estudio, porque *norma*, *realidad* y *valores* se dan unidos en la experiencia jurídica.

D) Derecho constitucional y derecho de clase

§ 27. ***Introducción.*** – Uno de los puntos más discutidos y relevantes en cuanto a la naturaleza del derecho constitucional, gira

en torno de estos interrogantes: ¿es el derecho constitucional un derecho "de clase", es decir, al servicio de una o más clases sociales? De responderse afirmativamente, ¿es inevitable que así sea?, ¿es correcto (legítimo) el rol servicial del derecho constitucional en favor de una o más clases?

§ 28. ***Derecho positivo.*** – Las constituciones adoptan en su articulado distintas posiciones.

a) *Silencio.* Es la actitud más frecuente; por ejemplo, la Constitución argentina no dice nada.

b) *Concepción pluriclasista.* Ocasionalmente, alguna constitución propicia un enfoque pluriclasista. Así, en el art. 5° de la Const. corporativa portuguesa de 1933 se reconocía "el libre acceso *de todas las clases* a los beneficios de la civilización".

c) *Condena de la lucha de clases.* Es la variable propiciada por el art. 8° de la Const. chilena de 1980, que declara ilícito y contrario al ordenamiento constitucional a todo acto o doctrina "fundado en la lucha de clases".

d) *Concepción pluriclasista, pero con clase protegida.* A ello se inclina el art. 3° de la Const. italiana vigente: se prohíben discriminaciones por sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, o "circunstancias personales y sociales". Pero la República asume la obligación de superar los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad, impiden la participación plena de los trabajadores en la organización política, económica y social.

e) *Estado pluriclasista, pero con vocación monoclasista.* Tal alternativa se encuentra en la Const. de Portugal de 1976; el Estado (art. 1°) se define "empeñado en la transformación de una sociedad sin clases" (art. 10).

f) *Estado monoclasista.* En los países no marxistas es raro hallar un pronunciamiento constitucional monoclasista. En las constituciones marxistas, en cambio, es lo común. El ejemplo paradigmático fue el art. 1° de la Const. rusa de 1918, que definió al Estado como "República de los *Soviets* de obreros, soldados y campesinos", cuyo objetivo básico fue "abolir definitivamente la división de la sociedad en clases" (art. 3°).

§ 29. ***Teoría del derecho constitucional como derecho de clase.*** – Esta doctrina, postulada desde el marxismo, se basa en dos presupuestos esenciales: dependencia del Estado y del derecho (superestructuras política y jurídica, respectivamente) de la estructura económica de una sociedad, y concepción del Estado como instrumento de dirección y de dominación de la clase económicamente imperante. En consecuencia, el derecho (incluyendo el constitucional) es expresión de la voluntad de la clase dominante.

Según este esquema, en los Estados donde rige la propiedad privada de los medios de producción, el Estado importa de hecho una *dictadura de la burguesía.*

§ 30. ***Teoría del derecho constitucional como derecho no clasista o supraclasista.*** – Según esta postura, el poder político es (y *debe* ser) independiente del "poder económico" (Hauriou). Además, la constitución es dictada por todo el pueblo, y no por una parte de él (p.ej., Preámbulo de las constituciones de Irlanda y de Alemania Federal).

§ 31. ***Evaluación.*** – Tanto las normas y teorías clasistas como las no clasistas o supraclasistas, acerca del papel del derecho constitucional, pecan de parcialismo ideológico.

a) En primer término, cabe destacar que todo derecho constitucional debe adoptar pronunciamientos clave en temas como derecho de propiedad y economía, y al hacerlo, de un modo u otro, está favoreciendo o perjudicando a determinados sectores sociales.

La desmitificación del constitucionalismo no clasista es notoria en el Estado social de derecho, que *asume* la cuestión social y busca soluciones concretas mediante, por ejemplo, la igualdad de oportunidades (art. 3°, Const. de Italia), "la participación de todos en el disfrute de la riqueza" (Perú, Preámbulo), o cualquier otro beneficio especial.

b) A su vez, cabe desconfiar de ciertas metas clasistas de un derecho constitucional que se dice comprometido en el proceso de

b) *Planteo de la demanda normativa.* Formalmente, el proceso constituyente comienza por quien, según la constitución, está habilitado para promoverlo. La Constitución argentina nada dice sobre el punto en su art. 30. Sin embargo, en el ámbito de las realidades, la iniciativa constituyente es articulada informalmente por cualquier grupo o persona, aunque debe ser asumida por el presidente o un legislador para tener viabilidad jurídica.

c) *Recopilación de datos.* Hay que atender tanto los antecedentes en el punto como constatar aquellos acontecimientos, circunstancias, hechos y situaciones esgrimidos para justificar la sanción de una regla constitucional.

d) *Formulación de alternativas.* Posteriormente, cabe plantear distintas hipótesis de normas constitucionales.

e) *Adopción de la decisión.* En definitiva, corresponde tomar una opción constitucional, de tipo *prudencial* dentro del marco de posibilidades que dispone el constituyente. Quedan excluidas, desde luego, las alternativas *imposibles* y las *irrazonables.*

§ 35. ***Reglas de formulación. Lenguaje constitucional.*** – El texto constitucional es un documento destinado a regular la vida de toda la comunidad en sus aspectos fundamentales, y por un tiempo generalmente prolongado. Tiene, pues, vocación de *difusión* y de *futuridad.*

Estos objetivos sugieren las siguientes reglas técnicas.

a) *Claridad del vocabulario constitucional.* Esto impone el rechazo de palabras o expresiones oscuras, demasiado complejas, ambiguas o sibilinas, así como los términos extranjeros, los neologismos o los rebuscados, de difícil comprensión por el pueblo.

b) *Sintaxis.* Por supuesto, es indispensable el cumplimiento de las normas gramaticales y ortográficas, y el enlace ordenado de las palabras.

c) *Estilo.* El lenguaje jurídico puede adoptar diferentes estilos: *descriptivo* (aparentemente neutro; pretende informar una realidad); *expresivo* (manifiesta sentimientos o emociones); *directivo* (intenta provocar comportamientos activos o pasivos en la comunidad), etcétera.

Es evidente que el lenguaje constitucional cumple un *rol ideológico*, ya que también a él le toca justificar una situación de poder (la enunciada en la constitución), y lograr así obediencia social. No hay, por ende, estilos constitucionales neutros ni ingenuos.

Desde la perspectiva ética, el estilo constitucional debe ser *sincero*; no obstante, esa lealtad del constituyente hacia su pueblo no siempre se satisface.

d) *Tiempo verbal.* Algunas veces las constituciones se expresan en tiempo futuro (así, el art. 14 bis de la Const. argentina: "El trabajo en sus diversas formas *gozará* de la protección de las leyes"), y otras en presente ("La Nación Argentina *no admite* prerrogativas de sangre, ni de nacimiento" –art. 16–). En el primer caso, la Constitución lleva un mensaje de futuridad: se trata de algo por hacer. En el segundo, enfatiza algo que ya existe, o que quiere que exista de inmediato.

§ 36. ***Arquitectura constitucional.*** – Se presentan aquí varias cuestiones de sistemática constitucional.

a) *Unicidad o dispersión.* El derecho constitucional prefiere, por razones de *organicidad* y *sistematización*, un texto único y no documentos constitucionales dispersos (p.ej., al estilo de la Constitución inglesa).

b) *Partes de la constitución.* Habitualmente son tres: el *preámbulo* (aunque hay constituciones que no lo tienen, como Holanda y Austria); el *cuerpo* (dividido por lo común en dos piezas: la parte *dogmática*, o de declaraciones, derechos y garantías, y la *orgánica*, o de estructuración del poder del Estado), y los *apéndices* (cláusulas complementarias, enmiendas, reglas interpretativas, transitorias, de sanción y promulgación, entrada en vigencia, etcétera; también se incluyen aquí tratados o instrumentos internacionales).

c) *División y articulado.* Una constitución puede seguir distintos criterios arquitectónicos, fraccionarse en partes, secciones y capítulos, al modo de la Constitución argentina; pero también hay otros criterios, como dividir solamente en "títulos" (Mónaco) o únicamente con letras (A, B, C, etc., –Noruega–).

Los artículos se enuncian generalmente en números arábigos, aunque en el siglo pasado estuvieron de moda los romanos (ver,

p.ej., la Const. argentina de 1819). Se dividen los artículos en incisos, clasificados en números o letras. Cuando a un artículo se le añaden normas introducidas por reformas constitucionales, es usual llamar a estos agregados, bis, ter, quáter, quinquies, etcétera (p.ej., Constitución suiza).

§ 37. ***Reglas de contenido.*** – El mensaje constitucional debe cubrir, además, otras exigencias, a fin de arribar a una constitución *legítima*.

a) *No confundir los roles.* La constitución debe ser eso, una ley *fundamental*, y no una ley *ordinaria*. Por ende, no tiene por qué ocuparse de asuntos accesorios, contingentes, secundarios.

Conspiran contra eso constituciones larguísimas –constituciones "código", al estilo de la yugoslava de 1974, con más de cuatrocientos artículos, casi igual a la de la India–, que abordan temas de segundo orden.

b) *No mentir.* La constitución *utópica* y la *gatopardista* (esto es, aquella que promete lo imposible o simula el cambio, cuando en realidad mantiene las bases del régimen anterior) importan, sustancialmente, un acto de deslealtad e hipocresía del constituyente con el pueblo.

c) *No ignorar.* La constitución no puede desconocer los aportes del derecho comparado que sean eficientes y provechosos para el país.

d) *No copiar.* Al mismo tiempo, tampoco se trata de introducir en el texto constitucional cuanta novedad haya en el derecho público actual. El plagio constituyente puede ser tan nocivo como la ignorancia.

2) Pautas de funcionamiento de la norma constitucional

a) Interpretación

§ 38. ***Introducción. Etapas.*** – Una vez establecida la regla constitucional, cabe hacerla efectiva, o realizarla. Aquí cabe distinguir diferentes tramos: *interpretación*, *determinación*, *integración*, y *aplicación*.

§ 39. ***Interpretación de la norma constitucional. Dificultades.*** – Si se parte del supuesto de entender la interpretación (también llamada exégesis o hermenéutica) de la constitución como la tarea de averiguar el sentido de la regla constitucional, conviene aclarar que el intérprete- operador puede encontrarse con varios problemas iniciales.

a) Encontrar un texto constitucional auténtico. En la Argentina, por ejemplo, no hay un texto uniforme de la Constitución; así, la Convención Constituyente de 1994 aprobó el 22 de agosto un "texto ordenado, sancionado", pero después el Congreso, por ley 24.430 (BO, 10/1/95) ordenó la publicación de un "texto oficial" que difiere del otro en varias partes.

b) Otro obstáculo, sobre todo en una constitución antigua (como la argentina), estriba en el cambio de significado de ciertas palabras con el transcurso del tiempo.

c) Otro tema litigioso aparece cuando una constitución es publicada oficialmente en distintos idiomas (así, la Suiza de 1874, según su art. 116, que previó su redacción en tres lenguas). No siempre hay una correspondencia exacta entre los textos en idiomas diferentes.

§ 40. ***Áreas con conflictos superados en materia de interpretación. Interpretación sistemática "versus" interpretación asistemática.*** – En la tarea interpretativa hay temas ya resueltos por la jurisprudencia y asuntos todavía no dilucidados.

Para la Corte Suprema argentina, por ejemplo, la exégesis de la Constitución debe ser *sistemática*, *orgánica*, porque "la Constitución es un todo orgánico y sus disposiciones deben ser aplicadas concertadamente" ("Bernuchi", *Fallos*, 289:200, y "Riego Ribas", *Fallos*, 258:267).

a) Ningún artículo de la Constitución nacional puede interpretarse aisladamente ("Brizuela", *Fallos*, 296:432).

b) Toda cláusula de nuestra Constitución debe interpretarse coordinándola con las demás ("Cardillo", *Fallos*, 240:319).

c) En la interpretación de la Constitución argentina "debe cuidarse de no alterar el equilibrio de su conjunto" ("Brizuela", *Fallos*, 296:432).

d) Toda interpretación debe propender hacia algo constructivo ("Grisolía", *Fallos*, 234:482), de manera de no trabar el eficaz y justo desempeño de los poderes del Estado.

e) Para la Corte Suprema, "cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, o rechazarse como superflua" ("Gedes Hnos.", *Fallos*, 95:334).

Ese objetivo es por cierto válido, pero el intérprete debe tener en cuenta que una constitución puede contener *contradicciones normativas* (ver § 37, *f*) y *redundancias normativas* (cuando repite una norma, p.ej., arts. 75, inc. 12, y 126, Const. nacional). Pueden aparecer igualmente *contradicciones ideológicas*, cuando un tramo de la Constitución es tributario de una ideología (p.ej., el art. 14 de la Const. nacional, afiliado al pensamiento individualista liberal), y otro está inspirado en una ideología distinta (así, el concepto de "bienestar general", que equivale a la idea de "bien común", propia del pensamiento cristiano).

Las contradicciones ideológicas resultan graves, ya que permiten interpretar un mismo artículo constitucional con tres o más sentidos ideológicos distintos. Así, por ejemplo, en "Quinteros" (*Fallos*, 179:113), la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo que resolver el tema de la inconstitucionalidad de ciertas leyes que otorgaban beneficios laborales a empleados despedidos sin causa. De seguirse el tramo liberal-individualista de la Constitución, esos beneficios, impuestos por el Estado mediante ley, importaban violar la libertad de contratación. El alto tribunal prefirió aplicar el techo ideológico cristiano: juzgó que la promoción del "bienestar general" –o bien común de la filosofía clásica– justificaba constitucionalmente esa protección a los trabajadores.

Un principio de solución consiste en tratar de disipar la contradicción constitucional yendo al espíritu o voluntad del constituyente, si es que puede detectarse claramente. De no ser así, habrá que preferir una respuesta normativa a otra, y una solución ideológica a la opuesta. Un criterio práctico puede consistir en preferir la última ideología impuesta en una constitución, a las precedentes (p.ej., aceptar la ideología de la última reforma constitucional: *ideología posterior "derogat priori"*). En la práctica prevalecerá casi siempre la ideología del operador (o aplicador) de la constitución.

§ 41. ***Interpretación histórica "versus" interpretación literal.*** – Otro combate exegético es el trabado entre la *interpretación literal* (o gramatical) de la constitución, y la *interpretación histórica* (o de la voluntad del constituyente).

Inicialmente, la Corte Suprema pareció favorecer la interpretación literal. En "Lara" (*Fallos*, 77:327) añadió que no era lícito apartarse del texto de una norma invocando las palabras o conceptos vertidos en el Congreso con motivo de la discusión de una ley.

Pero, más tarde, puntualizó que el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la *voluntad del legislador* ("Piccardo", *Fallos*, 200:176; "Cía. Azucarera Tucumana", *Fallos*, 150:160, y "Portillo", *Fallos*, 210:541); o a su *intención*, que constituye el *espíritu de la ley* ("Ferrocarril de Buenos Aires", *Fallos*, 111:334).

En procura de las fuentes que orientaron la voluntad del legislador, la Corte comienza por la lectura de la norma, pero también va a la Exposición de motivos de la ley, los despachos de las comisiones parlamentarias, los debates en el Congreso, las explicaciones de los miembros informantes de las comisiones legislativas ("Municipalidad de Córdoba", *Fallos*, 114:304 y 115:177; "Portillo", *Fallos*, 210:541, y "SA Merck Química Argentina", *Fallos*, 211:168).

§ 42. ***Interpretación extensiva y restrictiva.*** – Si la norma constitucional dice *menos* de lo que el constituyente quiso decir, es obligación del intérprete ampliar el texto para hacerlo coincidir con el espíritu del constituyente.

Un caso típico es el del art. 33 de la Const. nacional, que indica que los derechos no enumerados no importan la negación de otros, emergentes de la *soberanía del pueblo* y de la *forma republicana de gobierno*. Aparentemente, los derechos *no enumerados* serían, por tanto, de índole *política*; pero escudriñando los antecedentes de la norma, en la Convención Constituyente de 1860, resulta que allí se propuso incluir todos los derechos naturales *de los hombres* y *de las sociedades*.

El derecho a la vida, a la honra, a la dignidad personal, etc., son también derechos no enumerados, pese a no tener naturaleza típicamente *política*.

A la inversa, si la letra de la constitución dice *más* de lo que el constituyente tuvo el ánimo de decir, cabe *achicar* su sentido, e interpretarla *restrictivamente*.

§ 43. ***Interpretación estática "versus" interpretación dinámica.*** – Puede llamarse *estática* a aquella exégesis de la constitución que, al extremar la interpretación histórica, actúa "mirando hacia atrás", entiende las lagunas o silencios constitucionales como prohibiciones, y se resiste a incorporar como derecho válido aquellas normas de derecho constitucional consuetudinario elaboradas desde la realidad constitucional.

Ese tipo de interpretación está condenado por la Corte Suprema, que propicia, en cambio, una exégesis *dinámica*, o *evolutiva*, de nuestra Constitución (la interpretación auténtica de ésta "debe ver en ella una creación viva, que en su elasticidad siga siendo un instrumento de gobierno"; "Ferrer", *Fallos*, 178:9), apta para regir situaciones distintas a las de la época de su sanción ("Kot SRL", *Fallos*, 241:291). La interpretación dinámica resulta, pues, *imperiosa* ("Orquín", *Fallos*, 264:416; ver, también, "Peralta", *Fallos*, 313:1513, donde la Corte Suprema, en su considerando 41, "despega" la interpretación de la Constitución de la voluntad del constituyente).

§ 44. ***Áreas con conflictos pendientes. Interpretación mutativa.*** – La interpretación mutativa no tiene inconvenientes en ir *más allá*, ya que concibe la letra de la constitución como una especie de *estuche* o *cáscara*, cuyo *contenido* (el mensaje normativo) puede cambiar en función de ciertas exigencias (técnicas o ideológicas), que maneja el intérprete.

La interpretación mutativa puede ser *præter constitutionem* cuando complementa y desenvuelve al texto constitucional, llenando sus lagunas.

Pero también puede ser *contra constitutionem*, cuando va en oposición a la Constitución. Esto ocurre en tres supuestos (Bidart Campos).

a) Si se *agrega* (mutación por adición) algo contra la voluntad del constituyente histórico: así, el art. 6° de la Const. nacional enuncia una serie de supuestos en los cuales procede la intervención federal a las provincias. En la práctica, en muchísimos casos se han decretado intervenciones por motivos totalmente ajenos a esas causales.

b) Si se *quita* a la Constitución una de sus reglas. El art. 116 enumera, como causa de jurisdicción federal, los litigios contra un ciudadano extranjero. No obstante, según las normas regulatorias de la justicia federal, hay causas contra extranjeros que no van a dicho fuero (p.ej., las de divorcio, juicios laborales, procesos criminales). Ello importa una mutación *por sustracción*.

c) Es factible, además, que por vía de mutación se *sustraiga* algo a la Constitución, y en su lugar se *agregue* otra cosa (mutación *mixta por sustracción-adición*). Un mal ejemplo de esto fueron las leyes secretas –actualmente ordenada su publicación por la ley 26.134–, que contravienen el principio republicano (art. 1°, Const. nacional) y la obligación presidencial de promulgar y publicar las leyes (art. 99, inc. 3°).

§ 45. ***Bases ideológicas de la interpretación mutativa.*** – ¿Qué razones pueden alegarse para operar una interpretación mutativa?

Si la interpretación mutativa es simplemente *præter constitutionem*, basta con utilizar los argumentos en favor de una interpretación dinámica o evolutiva: se trata de modernizar la constitución, sin alterar su letra ni su espíritu.

Si la interpretación mutativa es *contra constitutionem*, algunas veces se utiliza la *ideología de la eficacia*: ¿para qué realizar una modificación formal de la constitución, si puede obtenerse el mismo resultado mediante una interpretación mutativa, mucho más rápida y económica?

En otros casos, la interpretación mutativa utiliza razones diferentes. La *ideología de la interpretación democrática* sugiere interpretar las reglas constitucionales no como las haría el constituyente histórico, sino como el "constituyente actual" (Irving Clark), ya que, se dice, las sentencias deben reflejar los estándares y conceptos morales de la actual sociedad, y responder a las expectativas sociales del momento (sentencias "con consenso": Dworkin, Esser).

Otra posición mutativista es el llamado *no interpretativismo* o *construccionismo amplio* estadounidense (Perry, Miller). Esta tesis parte de ciertos supuestos, como la doctrina de la *constitución cambiante* o *constitución viviente* (*living constitution*), según la cual la constitución no es un testamento sancionado décadas atrás, sino un instrumento de gobierno cuyos conceptos y valores van cambiando todos los días. Además, la *doctrina de las generaciones* explica que la generación que hizo en el pasado la constitución, no tiene hoy el derecho de imponer a la generación actual su modo de entender y de pensar esa misma constitución. Por ello, más que "interpretar" un texto constitucional, se trata de "construir" respuestas constitucionales de hoy y para hoy. En resumen, la Corte Suprema pasa aquí a ser una especie de convención constituyente en sesión permanente.

§ 46. ***Evaluación.*** – Ciertos fallos de la Corte Suprema han aceptado alguna modalidad de interpretación mutativa. En "Avico c/De la Pesa" (*Fallos*, 172:55), el alto tribunal indicó que el intérprete debe adaptar el texto de la norma a las realidades y exigencias de la vida moderna, sin buscar obstinadamente cuál había sido el pensamiento de ella, según el espíritu de sus autores, cien o más años atrás. En "Merck" alertó que el intérprete no debe someterse al concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera (*Fallos*, 211:162; ver, también, "Cocchia", *LL*, 1994-B-633).

§ 47. ***Interpretación previsora.*** – En diferentes sentencias, la Corte Suprema ha señalado que uno de los indicadores más adecuados para meritar la razonabilidad de una interpretación, es "considerar sus consecuencias" o "verificar sus resultados" ("Baliarda", *Fallos*, 303:917). Como ejemplo de esa interpretación constitucional "previsora", puede citarse el fallo de la Corte Suprema de Minnesota (Estados Unidos de América) en "Naftalin v. King", donde a pesar de reputar inconstitucional un impuesto fijado por la legislatura de aquel Estado no lo declaró así, ya que de hacerlo hubiera suspendido un muy importante plan de obras públicas en marcha (*ED*, 118-909).

La interpretación *previsora* puede operar como *opción* (así, cuando una norma constitucional admite varias interpretaciones, cabe preferir aquella que sea más útil, midiendo las consecuencias y riesgos de cada una); y en casos extremos, operar también como *inaplicación* (si al efectivizar la regla constitucional, el intérprete-operador advierte que provocará, p.ej., el caos social).

§ 48. ***Conclusión. Los valores en la interpretación constitucional.*** – Cabe alertar que, cualquiera sea el método exegético que maneje el intérprete-operador de la constitución, lo cierto es que éste se verá, con mucha frecuencia, ante dos o más soluciones, y que deberá elegir una de ellas. En tal caso, seleccionará la respuesta jurídica basándose en los *valores* de la constitución y los que maneje el intérprete.

La Corte ha dicho que siempre que sea forzosa la ponderación de valores jurídicos contrapuestos, debe darse preferencia al que revista mayor jerarquía ("Mayantz y otros", *Fallos*, 255:330, y "SA Ultramar Petrolera", *Fallos*, 263:453). En tal tarea, cabe privilegiar los intereses que revisten mayor interés público ("Orquín", *Fallos*, 264:416).

Interesa averiguar cuál es el valor supremo en la Constitución. En "Berçaitz" (*Fallos*, 289:430), la Corte Suprema concluyó que "el objetivo preeminente de la Constitución es lograr el *bienestar general*, es decir, la justicia en su más alta expresión, la justicia social". Ese bienestar general coincide, según otro fallo de la Corte ("Quinteros", *Fallos*, 179:113), con el bien común de la filosofía clásica.

§ 49. ***Interpretación del derecho informal.*** – Hasta el momento hemos supuesto que consideramos la interpretación del *texto constitucional*. Pero el derecho constitucional se integra también con reglas de *derecho informal* (ver § 71, 145 y ss., derecho constitucional consuetudinario y repentino).

Para algunos autores, como Goldschmidt, la costumbre no es interpretable porque no puede averiguarse su significado, o cuál ha sido la intención de su autor. Sin embargo, es relativamente posible detectar la razón de ser y el sentido de una norma consuetudinaria (por qué nació, qué pretendía remediar, etcétera).

Esto es más evidente todavía en el derecho constitucional consuetudinario que sale de las sentencias judiciales (en particular,

de la Corte Suprema), puesto que tales documentos tienen registros accesibles a cualquier consultor.

b) Determinación

§ 50. ***Concepto.*** – Algunas veces la constitución es *incompleta*, en el sentido de que sus normas necesitan ser instrumentadas o acabadas por los operadores de la ley suprema, para entrar en funcionamiento.

Hay dos clases de "determinación".

a) La que se realiza por vía de *reglamentación* (p.ej., cuando el legislador dicta normas complementarias a la Constitución: una ley de ministerios o regulatoria del hábeas corpus.

b) Por vía de *precisión* (cuando el operador fija parte del contenido de un precepto constitucional genérico: así, p.ej., cuando el Senado, en un caso de juicio político, determina discrecionalmente que hay, en concreto, "mal desempeño", según el art. 53 de la Const. nacional).

§ 51. ***Determinación por reglamentación.*** – Hay tres clases de reglamentación: *necesaria*, *opcional* y *prohibida*.

a) *Necesaria*. Algunas veces el constituyente, en particular con referencia a las cláusulas *programáticas*, condiciona el cumplimiento de una norma constitucional al previo dictado de una ley ordinaria, o reglamentaria.

b) *Opcional*. En otros supuestos, la Constitución puede operar por sí misma, y el legislador ordinario, si lo desea, reglamentarla (o no).

c) *Prohibida*. En ciertos supuestos, el constituyente procura impedir que el legislador común determine algún derecho o garantía constitucional (a fin de que no lo restrinja, so pretexto de regulación). Así lo hace el art. 40, inc. 7°, de la Const. de Jujuy, por ejemplo, que declara "nulas y sin valor alguno las normas de cualquier naturaleza" que intenten reglamentar al hábeas corpus.

§ 52. ***Determinación por precisión.*** – La "precisión" de una regla constitucional puede referirse tanto a su *tipo legal* como a su *consecuencia*.

Por ejemplo, con relación al estado de sitio (art. 23, Const. nacional), toca al Poder Ejecutivo o al Congreso, según los distintos supuestos y momentos en que puede dictarse, evaluar cuándo hay "conmoción interior" o "ataque exterior" (determinación del tipo legal); y posteriormente, precisar el tiempo y el lugar donde debe regir (determinación en la consecuencia).

c) Integración

§ 53. ***Concepto. Lagunas y seudolagunas.*** – La *integración* de una norma constitucional consiste en elaborar la norma ausente en la constitución, cuando hay en ésta una *laguna* o *vacío normativo*.

Cabe distinguir, sin embargo, entre *lagunas* y *seudolagunas constitucionales*.

a) *Lagunas ya cubiertas por el derecho constitucional consuetudinario*. El art. 30 de la Const. nacional contenía una laguna, puesto que no indicaba cómo debía *declarar* el Congreso la necesidad de la reforma de la Constitución. Por derecho constitucional consuetudinario, ese vacío ha sido cubierto mediante la declaración por vía de *ley*.

b) *Lagunas infraconstitucionales*. Algunas veces hay presuntos vacíos constitucionales, que en realidad son cubribles por leyes ordinarias. Son, en rigor de verdad, lagunas *infraconstitucionales*.

c) *Imperfecciones constitucionales*. De vez en cuando se detecta una falta de solución adecuada de un tema en la constitución, atribuyéndosele el carácter de laguna, cuando en realidad es un defecto de poca claridad constitucional. Por ejemplo, Lowenstein ha dicho que la Const. de los Estados Unidos de América tenía una laguna, con respecto a la reelección del presidente, ya que no indicaba cuántas veces podía ser reelecto. En realidad, no había laguna: la Constitución permitía –tácitamente– la reelección indefinida.

d) *Lagunas constitucionales y lagunas institucionales.* También hay que diferenciar el *vacío normativo*, de la *inexistencia o no funcionamiento de un órgano de gobierno previsto por la constitución.*

e) *Prohibiciones constitucionales.* En ciertos casos (para la Argentina, antes de la reforma de 1994, los decretos de necesidad y urgencia y los empréstitos forzosos) se ha pretendido ver lagunas constitucionales, cuando en realidad se trataba de disposiciones opuestas a la Constitución nacional.

§ 54. ***Lagunas constitucionales de tipo histórico.*** – Las lagunas históricas aparecen cuando el legislador *no pudo* por razones cronológicas prever determinados asuntos de rango constitucional (p.ej., el art. II, secc. 2ª, Const. de los Estados Unidos de América, dictada en 1787, indica que el presidente es comandante en jefe del ejército y de la marina, y no menciona, por razones obvias, a la fuerza aérea).

§ 55. ***Lagunas constitucionales de tipo axiológico.*** – Se producen cuando la constitución trata *injustamente* un tema, dándole una solución tan ilegítima que no debe obedecerse.

En la Constitución argentina puede citarse al art. 55, que exige para ser senador (y de allí, presidente, vicepresidente y juez de la Corte Suprema), contar con una renta anual de dos mil pesos fuertes. Esta norma, de índole oligárquica, impediría acceder a tales magistraturas a individuos que no tuviesen esa cantidad de dinero (actualmente, cerca de tres mil dólares mensuales). Tal prescripción repulsa el concepto de igualdad y de virtud republicana.

§ 56. ***Problemas de la integración. El sujeto integrador.*** Indicaremos los dos posibles sujetos integradores.

a) *Poder constituyente.* Si es el propio constituyente quien divisa la laguna y la cubre, no hay dificultad alguna.

b) *Poderes constituidos.* Pero también los operadores de la constitución (presidente de la Nación, jueces, legisladores) deben cubrir los vacíos constitucionales cuando cumplimentan sus tareas. Allí se produce la paradoja de que un órgano subordinado al poder constituyente asume de hecho poderes constituyentes.

§ 57. ***Los mecanismos de integración.*** – Para cubrir las lagunas constitucionales, el operador de la Constitución debe elaborar la norma faltante. Para ello existen dos caminos.

a) *Autointegración.* Consiste en hacer uso de la *analogía* y de los principios generales del *derecho positivo constitucional* (en el caso argentino, p.ej., del enunciado del art. 14, en el sentido de que todos pueden "publicar sus ideas por la prensa sin censura previa", relativo inicialmente a la prensa escrita, se desprende que la prensa oral y televisiva, en principio, gozan del mismo derecho).

b) *Heterointegración.* Si el primer procedimiento es insuficiente, el constitucionalista debe ir a la justicia material y a los principios generales del derecho, además del derecho extranjero. Dada la similitud normativa entre la Constitución argentina y la estadounidense, es importante esta última en la tarea que comentamos.

d) Aplicación

§ 58. ***Concepto y operadores.*** – Mientras que la *interpretación*, la *determinación* y la *integración* de las normas constitucionales son etapas que pueden resultar solamente teóricas, la *aplicación* de la norma constitucional es exclusivamente práctica, ya que apunta a realizar el precepto constitucional para un caso concreto.

Son *aplicadores* (operadores) de la constitución todos los sujetos habilitados por ella o por las reglas infraconstitucionales para efectivizarla (presidente, ministros, jueces, legisladores, etcétera). También, en ciertos casos, los particulares; por ejemplo, los que peticionan a las autoridades (art. 14, Const. nacional), o quienes votan para elegir diputados (art. 45, Const. nacional), etcétera.

B) Dimensión existencial

§ 59. ***El comportamiento constitucional.*** – Toca a la sociología y a la psicología social estudiar la dimensión existencial o

fáctica del derecho constitucional, ocupada del análisis de los *hechos constitucionales*, vale decir, del comportamiento o conducta de los operadores de la constitución.

Se trata de averiguar la *idiosincrasia constitucional* de una sociedad determinada, cosa que importa determinar su *mentalidad* (estado psicosocial), sus *actitudes* (predisposiciones relativamente estables, orientadoras de su conducta), sus *creencias* (ideas generalmente admitidas), sus *prejuicios*, *tabúes* y *fobias*; en definitiva, estudiar su *comportamiento efectivo*. El objetivo final es descubrir las denominadas *uniformidades* o *leyes* (sociológicas) de regularidad, que son *pronósticos* de la conducta jurídico-política constitucional.

§ 60. ***Etapas y técnicas de la investigación empírica.*** – Los pasos principales a seguir, según Mario Justo López, son los siguientes: *a*) *observación de los hechos* (que puede ser *directa* o *indirecta*, según la realice por sí el analista, o recurra a datos de terceros); *b*) *descripción* de lo observado; *c*) *medición* de los hechos (si son apreciables cuantitativamente), o *clasificación* (si no se pueden contabilizar); *d*) *aceptación* o *rechazo* provisional de los resultados de las etapas anteriores; *e*) *generalización inductiva* o construcción de una hipótesis que explique la relación entre los hechos y las causas que presuntamente los provocan, y *f*) *formulación de la ley* o *teoría sociológica* sobre el comportamiento constatado, medido, clasificado y comprobado, y sus causas.

§ 61. ***Análisis de la dimensión fáctica en el derecho constitucional argentino.*** – Los estudios de derecho constitucional, en nuestro país, se han ceñido casi siempre al examen de la dimensión normativa de la disciplina, sin entrar, por lo común, en su parte existencial.

a) Por un lado, por una mentalidad *racionalista* y *formalista*, en el sentido de entender que el derecho es, fundamentalmente, norma y no conducta.

b) Por una importante cuota de *facilismo intelectual*, ya que es cómodo finalizar el análisis de las instituciones constitucionales con el estudio de las normas constitucionales, sin entrar en los problemas de su vigencia, seguimiento, rechazo o incumplimiento.

c) Por la existencia de una nutrida serie de *tabúes* y *prejuicios* que obstaculizan el acceso a la realidad, presentes aun en nuestros expertos de derecho constitucional. A esto se suma la *defensa de ciertos intereses sectoriales* (partidistas y de otro tipo) que ideologizan el curso de la asignatura y tienden a no inquirir demasiado sobre puntos.

C) Dimensión axiológica

§ 62. ***Introducción.*** – La dimensión *axiológica*, o de *estimativa jurídica* del derecho constitucional, se ocupa de los *valores constitucionales*. Éstos son los enunciados en nuestra Constitución formal (p.ej., en el Preámbulo, como libertad, justicia, paz, unión, bienestar general; igualdad, en el art. 15; seguridad común, en el art. 75, inc. 2°, etc.) o que emergen del derecho constitucional consuetudinario (así, el valor justicia social, reconocido por la Corte Suprema en "Berçaitz", *Fallos*, 289:430).

Partimos del concepto de que en la Constitución argentina el valor síntesis, comprensivo de los demás, es el *bienestar general*, o "bien común de la filosofía clásica", como dijo la Corte Suprema ("Quinteros", *Fallos*, 179:113).

§ 63. ***Función de los valores constitucionales.*** – La dimensión axiológica del derecho constitucional es importante porque *enjuicia* a las normas y a los hechos constitucionales, e *impulsa* comportamientos en un sentido u otro.

a) Desde el punto de vista de la *legitimidad formal*, los hechos y las normas constitucionales son legítimos (justificados) si se conforman con las normas constitucionales.

b) Desde el ángulo de la *legitimidad sustancial*, los hechos y las normas del derecho constitucional son legítimos (justificados) si respetan o no los demás valores de la Constitución, aparte de la legalidad formal.

Cuando un hecho o una norma resultan *ilegítimos*, los valores reclaman su cambio. Ello se opera por los cauces constitucionales regulares de corrección y reforma, o de inaplicación (ver § 55).

Sin embargo, si la ilegitimidad cubre las bases del sistema constitucional, y se llega a casos de tiranías graves y constantes, surge el derecho de resistencia a la opresión como recurso extremo y último para reimplantar la legitimidad constitucional.

§ 64. ***Vías y métodos de acceso a los valores.*** – Parte de la doctrina afirma que resulta imposible un conocimiento científico de los valores, pues los considera esencialmente relativos y de apreciación subjetiva.

Sin embargo, para otras posturas (p.ej., el trialismo) es factible un conocimiento científico de tales valores, por vía inductiva.

El camino para llegar a enunciar un "criterio general de valor" (p.ej., el de *justicia*), comienza por la contemplación de hechos y normas captados por el derecho constitucional. Estos hechos y normas despiertan *sentimientos de justicia* (positivos o negativos), puesto que de algún modo nos impactan valiosa o desvaliosamente.

Un tipo particular de intuición, la llamada por Goldschmidt *eidética*, permite seleccionar, entre aquellos distintos sentimientos de valor, o valoraciones, al *criterio de valor*: así, de los diferentes *sentimientos de justicia* se extrae el criterio de *lo justo*.

No obstante lo dicho, el descubrimiento de criterios de valor por vía inductiva (los sentimientos de justicia) exige ciertas correcciones y confrontaciones. Para eso operan diversos métodos.

Entre ellos pueden mencionarse los del *fraccionamiento*, de las *generalizaciones*, de las *comparaciones*, de las *compensaciones* y de las *variaciones*.

§ 65. ***Método del fraccionamiento.*** – Advierte que nunca es posible una justicia o legitimidad perfecta en el mundo jurídico, dado que a menudo existen obstáculos insalvables.

a) *Obstáculos derivados del factor tiempo.* Un acto reputado hoy como justo, puede no serlo en el futuro.

A su vez, algo reputado ayer como justo, hoy puede reputarse ilegítimo; por ejemplo, la condición de ser católico para desempeñarse como presidente (art. 76, Const. nacional de 1853-1860), es un requisito que no resulta compatible ahora con una concepción

pluralista de la sociedad argentina, y por eso fue eliminado en la reforma de 1994.

b) *Obstáculos derivados del factor espacio.* Nunca se hace justicia en todas partes: ni en un mismo país, ni en una misma zona, eso es factible. En los Estados federales, como la Argentina, se dan respuestas jurídicas diferentes, en distintas provincias, aun cuando se aplique, por ejemplo, el mismo código de fondo. Ése es un costo inevitable del sistema político y de la realidad social.

c) *Obstáculos derivados de la naturaleza humana.* También cabe reconocer que los hombres son imperfectos, y que factores como el interés, la ignorancia, los prejuicios, el afecto, el odio, la pasión, etc., perjudican la adopción de decisiones constitucionales legítimas. Hay *cegueras axiológicas* personales y sociales (recuérdese el caso, entre otros, de sociedades que han justificado durante un tiempo la tortura, la discriminación racial, la esclavitud, la negación del sufragio a la mujer, etcétera).

d) *Obstáculos derivados de la generalidad de las normas.* Una regla constitucional puede, en principio, ser legítima, pero provocar injusticias en casos concretos.

§ 66. ***Método de las generalizaciones.*** – Una manera de poner a prueba una solución reputada como justa, es proyectarla a otros casos. Por ejemplo, el art. 12 de la Const. de Costa Rica elimina al ejército como cuerpo permanente; ¿es aplicable esa conclusión a otras comunidades? ¿Puede regir para cualquier Estado, incluso en naciones medianas y grandes?

§ 67. ***Método de las comparaciones.*** – Propone confrontar un criterio de justicia local, con el vigente en el resto del mundo. Esto permite advertir cegueras axiológicas propias de un lugar concreto.

Nuestra Constitución, por ejemplo, demanda una renta anual de dos mil pesos fuertes para ser senador, presidente y vicepresidente, miembro de la Corte Suprema nacional (arts. 55, 89 y 111). Prácticamente ninguna otra constitución actual tiene tal requisito. Tal consenso evidencia la repulsión constitucional a topes econó-

micos para acceder a cargos importantes del Estado, y muestra que la cláusula argentina es ya inadmisible.

§ 68. ***Método de las compensaciones.*** – Alerta que en el mundo jurídico-político no hay un solo valor, sino varios, y que en términos de bien común debe darse una solución equilibrada y balanceada entre esos valores.

Por ejemplo, el principio de *libertad de prensa* debe necesariamente compatibilizarse con otros principios, como el de *verdad*, el derecho del pueblo a obtener *información veraz*, el respeto a la *intimidad personal* (art. 19, Const. nacional) y al *honor* (derecho no enumerado: art. 33, Const. nacional), etcétera. Un *clearing* de estos valores autoriza, por ejemplo, a instrumentar como legítimo el *derecho de réplica*, como contrapeso a la libertad de prensa.

Una pauta para definir conflictos y compensaciones de valores es hacer uso al argumento del *mal menor*: si dos soluciones constitucionales tienen defectos, ¿cuál es la menos perjudicial? Ésta es la que, ante la duda, debe seguirse.

§ 69. ***Método de las variaciones.*** – Para confrontar la justicia o injusticia de un criterio, bueno es reemplazar –hipotéticamente– los protagonistas o la situación concreta.

Por ejemplo, en el año 1957, la Convención Constituyente nacional reunida en Santa Fe resolvió convalidar la decisión del gobierno militar provisional, de derogar la Const. nacional de 1949.

Ahora bien: ¿fue legítimo lo decidido? Supóngase que otro movimiento revolucionario derogase la Const. de 1853, y reimplantase a su vez la de 1949: ¿resultaría aceptable que una convención constituyente llamada por el gobierno provisional ratificase tal decisión, alegando que la vigencia de la Const. de 1853 padece de vicios de procedimiento y contiene cláusulas de contenido ilegítimo?

Capítulo IV

FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

A) Introducción

§ 70. ***El problema de las "fuentes" del derecho constitucional.*** – La expresión *fuentes* alude aquí a la detectación de las normas del derecho constitucional. Se emplea en varios sentidos.

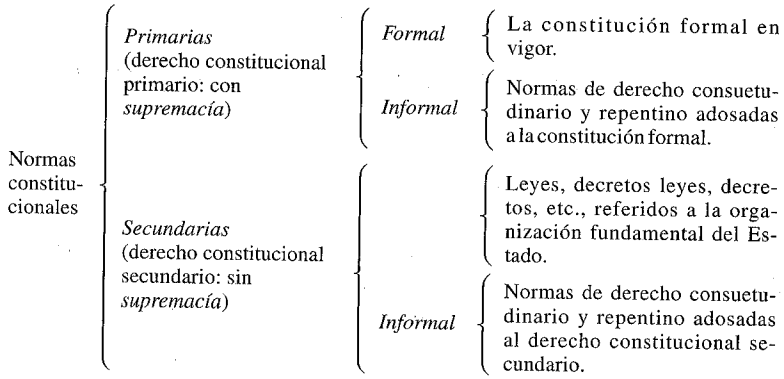
a) *Fuentes de constancia.* Éstos son los modos en que pueden manifestarse las normas jurídicas: texto constitucional, ley, decreto ley, costumbre, etcétera.

b) *Fuentes materiales.* También llamadas *indirectas*, consisten en los factores económicos, religiosos, históricos, psicosociales, etc., que son causa y que explican el contenido de una norma de derecho constitucional.

§ 71. ***Fuentes de constancia. Distintos tipos de normas constitucionales.*** – Las normas del derecho constitucional se refieren a la organización fundamental del Estado. Pero las hay de distinta categoría: unas tienen *supremacía*, en el sentido de que son superiores a las demás (p.ej., las reglas de la constitución formal). A ellas las llamamos normas de "derecho constitucional *primario*". A las restantes, sin supremacía (p.ej., leyes comunes que tratan algún punto esencial para el Estado, como la ley de ministerios), las denominamos normas de "derecho constitucional *secundario*".

Desde otra perspectiva, las normas de derecho constitucional son *formales* cuando resultan pronunciadas por el Estado según el procedimiento constitucional y legal en vigor; e *informales* si emergen del *derecho consuetudinario* (costumbre constitucional) y del *derecho repentino*.

El conjunto de reglas de derecho constitucional formal e informal integra, según la feliz expresión de Pactet, un *bloque de constitucionalidad*.



B) La constitución formal

1) Consideraciones generales

§ 72. *La constitución oficial.* – Como se dijo, la constitución oficial es sólo un sector del aparato normativo constitucional. Desde luego, es un segmento muy significativo, y casi siempre el preponderante. Existen países, sin embargo, donde el grado de incumplimiento y de falseamiento de la constitución oficial es tan importante, que son otros tramos del derecho constitucional (en particular, el consuetudinario) los que cuentan con mayor vigor y presencia.

a) *Rigidez.* Esto significa que no puede ser reformada por el mismo procedimiento que una ley ordinaria. En tal caso, la constitución rígida es *superley*, y adquiere *supremacía* (por el contrario, de poder modificarse como una ley común, la constitución pasa a ser también ley ordinaria).

La rigidez de la constitución tiene por objeto impedir que el Poder Legislativo pueda corregirla a su antojo.

b) *Escrituralidad.* La forma escrita tiende a dar certeza y seguridad a la constitución oficial.

§ 73. *Nombre.* – El estatuto oficial se llama usualmente "Constitución".

En otros casos se la ha denominado "ley fundamental", "instrumento de gobierno", "carta constitucional", "estatuto", "reglamento o acta constitucional".

Asimismo, a la Constitución oficial se la conoce popularmente como *ley suprema* o *carta magna*.

Los países con constitución dispersa, no unificada, han hablado de "leyes constitucionales" (Francia, 1875), o "leyes fundamentales" (España, 1942-1978).

§ 74. *Contenido. Estructura de poder, de derechos y de valores.* – La constitución formal-oficial cumple una misión clave: *estructurar* (en lo esencial) al Estado, en un doble sentido.

a) Como *estructura de poder*, diseña en lo fundamental la arquitectura del Estado, y prescribe *quién*, *cuánto*, *qué* y *cómo* manda. Determina también cuál es el sistema de creación de normas jurídicas (Kelsen) y, en cierta medida, el contenido de éstas.

b) Como *estructura de derechos*, marca los atributos de los habitantes frente al Estado y entre sí.

c) Como *estructura de valores*, la constitución perfila ideológicamente al Estado, indica cuáles son sus metas supremas y prioriza ciertos fines sobre otros.

Lo dicho, por supuesto, apunta a un enfoque teórico. En la realidad existen constituciones imperfectas, que no abordan todo lo esencial en materia de estructura de poder, de derechos y de valores, pecando así de *omisión*; y otras que, por *exceso*, legislan sobre puntos accesorios, de menor importancia y propios de la legislación común.

§ 75. ***Ideología.*** – Cada constitución es tributaria de una o más ideologías, porque al estructurar el poder y enunciar fines, está adhiriéndose –inevitablemente– a alguna (o varias) concepciones ideológicas acerca de cómo organizar políticamente a una sociedad.

Se dan distintas alternativas al respecto.

a) *Ideologismo expreso.* De vez en cuando una constitución se define ideológicamente (p.ej., Preámbulo de la Const. de la Unión Soviética de 1977: "El objetivo supremo del Estado soviético es edificar la sociedad comunista sin clases").

b) *Ideologismo encubierto.* Lo usual es que la constitución calle sobre su ideología. En ciertos casos se procura presentarla como un producto *neutro* o *desideologizado*, es decir, como algo imparcial y políticamente inofensivo.

Sin embargo, toda constitución tiene un inexorable compromiso ideológico. La argentina, por ejemplo, silencia su filiación ideológica, pero al declarar inviolable la propiedad (art. 17), y al asegurar libertades como las de contratar, asociarse, comerciar, crear industrias (art. 14), etc., se incorpora históricamente a un proyecto *liberal* e *individualista*, como lo ha reconocido la Corte Suprema ("Quinteros", *Fallos*, 179:113), aunque también tenga ingredientes ideológicos de otro tipo (cristianos tradicionales y propios del Estado social de derecho, esto último en el art. 14 bis; ver § 272 y siguientes).

§ 76. ***Partes de la constitución.*** – Hemos tratado ya este punto al referirnos a la metodología constitucional, en el ámbito normativo (ver § 36).

§ 77. ***Entrada en vigor.*** – Algunas veces se ha seguido el criterio de la fecha de promulgación (Alemania Federal), de su aprobación (Checoslovaquia, 1960), de su publicación (España de 1979), desde una fecha determinada (Grecia, a partir del 11 de junio de 1975), o desde la realización de un acto: así, la de Estados Unidos de América, en vigor desde que fue ratificada por las convenciones de nueve Estados.

§ 78. ***Conflictos de normas constitucionales con relación al tiempo. Normas preexistentes.*** – Si se dicta una nueva constitución, es frecuente que ella derogue a la preexistente (p.ej., art. 378 de la Const. de Honduras de 1982, deroga la de 1965).

Si la nueva constitución no dice nada, el principio jurídico *lex posterior derogat priori* justifica también pensar que el texto anterior queda abolido de modo total.

§ 79. ***Reformas constitucionales.*** – Ellas rigen desde que lo disponen (caso contrario, por analogía, lo harán del mismo modo que una ley común). Derogan *expresamente* a las reglas constitucionales previas que resulten abolidas de modo explícito; y *tácitamente*, por *incompatibilidad de contenido*, a aquellos preceptos constitucionales anteriores, opuestos a los nuevos.

§ 80. ***Normas de derecho ordinario.*** – ¿Qué ocurre con las normas infraconstitucionales –leyes, decretos, resoluciones, etc.– opuestas a una nueva constitución? Existen diferentes posibilidades.

a) *Tratamiento expreso. Derogación.* Algunas constituciones (Bélgica, 1831; Finlandia, 1919) derogan de modo explícito a las leyes, reglamentos, disposiciones, etc., que se oponen a ellas.

b) *Confirmación.* En ciertos casos, la constitución *confirma* algunas leyes preexistentes (Grecia, 1975).

c) *Adaptación.* También ocurre que una constitución mande adaptar a ella algunas normas anteriores, como la de Portugal de 1976 respecto del Código de Justicia Militar.

d) *Silencio constitucional.* Un problema frecuente es el caso de *mutismo* constitucional.

A nuestro entender, se produce aquí un caso de *derogación por superación normativa*: una norma inferior es abolida ante la presencia de una nueva norma superior (la nueva constitución) que se le opone.

2) Clasificación de las constituciones y de sus normas

§ 81. ***Constituciones democráticas, autocráticas y mixtas.*** En función de su *origen*, es factible clasificar los textos constitu-

cionales como *democráticos*, si son sancionados por una asamblea constituyente electa democráticamente, aprobados por el pueblo mediante plebiscito, o ratificados por cuerpos de origen popular (como la de Estados Unidos de América, aprobada por sus propios Estados). Desde luego, eso será si los comicios del caso fueron legítimos y no fraudulentos, o con proscripciones.

Las constituciones *autocráticas* emergen de la voluntad constituyente de sujetos que no tienen origen electoral popular. Por ejemplo, en nuestros días, la Const. de Mónaco de 1962, dictada por el príncipe soberano de ese Estado, y los documentos constitucionales emanados de gobiernos de facto, basados generalmente en las fuerzas armadas.

En otros supuestos, la constitución es *mixta*: su fuente constituyente es doble, popular y autocrática. Así, la Const. española de 1876 fue promulgada por el rey Alfonso XII "en unión y acuerdo con las Cortes del Reino".

§ 82. ***Constituciones codificadas, no codificadas e intermedias.*** – La constitución oficial típica del siglo XX es *codificada* (unificada, sistematizada, orgánica). Trata de contener en ella toda la materia constitucional principal.

La *constitución dispersa* es hoy *rara avis*. Se forma con varios documentos separados: Israel y Nueva Zelanda son muestras de ello, siguiendo antecedentes ingleses.

La constitución *mixta* se inicia como codificada, pero incorpora apéndices o constitucionaliza normas que alteran su fisonomía inicial, es el caso actual de la Argentina.

§ 83. ***Constituciones cortas y constituciones extensas.*** – El estilo constitucional del siglo XIX era en general breve, puntual y esquemático. El paradigma, en tal aspecto, pudo ser la Constitución federal de los Estados Unidos de América de 1787. Se correspondía así con el objetivo de una constitución: estructurar en lo esencial al Estado.

Las constituciones del siglo XX resultan habitualmente extensas, en ciertos casos larguísimas (alrededor de cuatrocientos artículos, como las de la India y la anterior de Yugoslavia).

La constitución extensa –o *constitución código*– peca de obesidad jurídica; importa una desnaturalización de su misión (ya que no deben existir para regular cualquier cosa, sino sólo lo principal) y obstaculiza el desarrollo de una sociedad, ya que al legislar sobre temas contingentes y accesorios, muy cambiantes, impide su reforma y actualización, dado que por el principio de rigidez constitucional, resulta difícil la modificación de esas reglas constitucionales.

§ 84. ***Constituciones totalitarias, autoritarias y de poder moderado.*** – No en función de su origen, sino de la cuota de poder que otorgan al Estado, la constitución oficial puede ser *totalitaria* (cosa que raramente admite), si subordina de modo absoluto el hombre al Estado.

La constitución *autoritaria* significa una fuerte concentración de poder en el Estado, aunque en dosis menor a la anterior. El caso de España durante el período 1939-1978 se inserta aquí: por ejemplo, la ley de Principios del Movimiento Nacional, de 1958, dictada por el caudillo de España (generalísimo Franco) "consciente de mi responsabilidad ante Dios y la historia", exaltaba el postulado de *autoridad* (art. VII).

La constitución de poder *restringido* o *moderado* reconoce un amplio espectro de derechos personales, sin perjuicio de su restricción en situaciones de emergencia, pero encuadrando esas limitaciones según pautas de razonabilidad.

§ 85. ***Constituciones definitivas y de transición.*** – En su momento, Alberdi diferenció las constituciones de *creación* o *transición*, propias de países en vías de formación (o, agregamos, destinadas a afrontar una situación histórica coyuntural) de las constituciones *definitivas* o de *conservación*, propias de países consolidados.

La mayoría de las constituciones se presenta como de tipo definitivo. Otras, en cambio, tienen vocación de provisionalidad (p.ej., el Estatuto Provisional argentino de 1815, o la Constitución federal alemana de 1949, según su art. 146, vigente hasta "el día en que entre en vigor una constitución que haya sido aprobada por libre decisión del pueblo alemán").

Desde luego, una constitución permanente puede contener normas transitorias.

§ 86. ***Constituciones eficaces e ineficaces.*** – La constitución oficial enuncia un *deber ser* normativo. Como toda norma, su éxito depende del seguimiento que logre por parte de sus operadores. La constitución aparece como una orden del poder constituyente, pero los poderes constituidos la visualizan a menudo como una *propuesta* u *oferta* (Büllow).

En la dimensión fáctica del derecho constitucional, las constituciones son *eficaces* ("exactas", las llama Goldschmidt) si logran obediencia; *ineficaces* (inexactas) en caso contrario. Ninguna constitución es *totalmente* exacta, porque siempre hay una cuota de desobediencia y rechazo por parte de los operadores.

En función de su *eficacia*, las constituciones admiten una triple clasificación.

a) *Constitución retratista.* Es la que se limita a describir una realidad, sin pretender corregirla ni perfeccionarla. La constitución retratista es eficaz y sincera, aunque poco innovadora.

b) *Constitución contrato.* Diseña un orden jurídico-político realizable y exigible en el presente o en un corto plazo, cuyo cumplimiento pueden reclamar los interesados en caso de omisión o infracción. Se trata de una constitución posible, con vocación de eficacia.

c) *Constitución promesa.* Se caracteriza por dibujar un esquema de poder y de derechos personales y sociales destinado al futuro, prácticamente inexigible en la actualidad. Habitualmente, la constitución promesa es fantasiosa, teórica, utopista y poco leal con la comunidad a la que va destinada (ver § 37, b).

§ 87. ***Clasificación de las normas constitucionales. Normas "fieles" e "infieles".*** – Normas constitucionales *fieles* son aquellas que reflejan la voluntad del constituyente; *infieles*, las que no traducen de manera correcta dicha voluntad.

§ 88. ***Normas regulares y de excepción.*** – Existen reglas constitucionales que atienden situaciones corrientes u ordinarias, y

otras que tratan problemas excepcionales o extraordinarios, de índole política, económica, militar, etc. (p.ej., las que regulan los estados de guerra, *emergencia*, *alarma*, *sitio*).

Lo importante es aclarar que las primeras deben ser instrumentadas con una *lógica jurídica de la normalidad*, y las segundas con una *lógica jurídica de la emergencia.*

§ 89. ***Normas generales e individuales.*** – Lo corriente es que las normas constitucionales sean generales, es decir, que regulen una serie de conductas abiertas, protagonizables por múltiples sujetos. Pero algunas veces la regla constitucional se particulariza en un individuo o en un grupo concreto. Por ejemplo, el art. 333 de la Const. de Yugoslavia de 1974, declaró la posibilidad de elegir a Josep Broz (Tito) como presidente vitalicio.

§ 90. ***Normas principales y normas auxiliares.*** – Aunque no es frecuente, el constituyente de vez en cuando dicta normas constitucionales destinadas a interpretar otras cláusulas de la misma constitución (p.ej., la Const. de Malta, en su art. 126, indica cuál es el sentido de las palabras *ley* y *cargo público*). En este caso, la norma interpretante es auxiliar de la norma interpretada.

Cierta doctrina, asimismo, diferencia las *normas básicas* de la constitución (v.gr., las que definen la forma de gobierno) de otras reglas, también constitucionales, que instrumentan o detallan a las primeras (*normas secundarias* que regulan, p.ej., el funcionamiento de los poderes). Esta distinción se conecta, tal vez, con la tesis de Schmitt que distingue entre *constitución* y *leyes constitucionales*. La "constitución" estaría, en tal caso, formada sustancialmente por las decisiones políticas fundamentales.

§ 91. ***Normas de organización y de conducta.*** – Otros autores distinguen las *normas de organización* –referentes a la estructuración de los poderes del Estado– de las *normas de conducta*, que imponen metas, objetivos o comportamientos al Estado. En cierta forma, las primeras son reglas de *anatomía constitucional*, y las segundas, de *fisiología constitucional.*

§ 92. ***Normas de procedimiento y de contenido.*** – Con relación a la adopción de las decisiones estatales, pueden diferenciarse

las reglas constitucionales "de procedimiento", relativas a *quién, cómo* y *cuándo* deben o pueden tomarse aquellas resoluciones (v.gr., cláusulas concernientes al procedimiento legisferante, o al trámite del *impeachment* o juicio político, etc.), y reglas "de contenido", que refieren a qué debe resolverse (p.ej., el art. 25, inc. 2°, Const. española, indica que las penas privativas de la libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social del condenado).

En consecuencia, si se infringen aquellas normas pueden surgir situaciones de inconstitucionalidad tanto de *forma* (v.gr., por haberse adoptado la medida por un órgano incompetente, fuera de término o violando el trámite) como de *fondo* (si la ley escapa al margen de opciones que la constitución brinda al legislador).

§ 93. ***Normas vigentes y no vigentes.*** – El término *vigente*, con referencia a una regla jurídica, puede interpretarse de dos modos distintos: *a*) el de su vigencia *formal*, determinada por el derecho positivo estatal, y *b*) el de su vigencia *real*, o existencial, determinada por los hechos. En el primer supuesto, regla constitucional vigente es aquella que según el texto de la constitución *deba* cumplirse; en el segundo, es la *realmente* cumplida por los operadores de la constitución (regla constitucional *eficaz*).

Ciertas normas de la constitución, como las transitorias, pierden vigencia por voluntad de ella misma.

§ 94. ***Plano sociológico.*** – En el orden de las realidades, la eficacia de un documento constitucional puede obstaculizarse por distintos motivos. Reseñamos algunos.

a) *Utopismo.* Es un vicio constitucional que consiste en enunciar reglas constitucionales de cumplimiento irrealizable. El utopismo *consciente* ocurre cuando el constituyente mide los costos jurídicos, políticos y económicos de una cláusula constitucional, advierte que no pueden satisfacerse y, no obstante, emite la norma constitucional del caso. El utopismo *inconsciente* se produce si el constituyente no realiza aquel cálculo.

b) *Gatopardismo.* Otro defecto constitucional estriba en enunciar reglas que proclaman una transformación, pero que de hecho

mantienen la situación preexistente. El *gatopardismo* significa, pues, un *simulacro* de cambio.

c) *Demagogia.* Una constitución que prometa lo inalcanzable y otorgue en su texto bienes, dádivas y beneficios por doquier, cuando lo hace como técnica de captación de poder popular, incurre en demagogia constituyente.

d) *Plagio.* En otros supuestos, el legislador constitucional imita órganos, mecanismos y dispositivos del derecho extranjero cautivado por su novedad o por el prestigio que alcanzan en otras áreas, pero sin evaluar su utilidad o practicabilidad en el orden local.

e) *Multiformismo.* De vez en cuando, los autores de una constitución, con el propósito de aunar criterios para lograr su sanción, coinciden en la redacción de una regla constitucional, pero sin tener acuerdo respecto de su contenido. En tal hipótesis, la cláusula constitucional es *multiforme*: puede asumir distintos mensajes, según quién y cómo la interprete.

f) *Antilegalismo.* Desde luego, la vocación de *cumplimiento* o de *incumplimiento* de una sociedad hacia su derecho positivo, es decisiva para medir el vigor de una constitución. Existen pueblos con tendencia a la evasión de su aparato normativo, como la Argentina, y comunidades con tendencia a su sometimiento.

g) *Antigüedad.* Si la constitución es arcaica, afrontará la dura prueba de su utilidad en el presente. En tal sentido, sólo una interpretación dinámica, evolutiva y pragmática podrá tornarla operativa.

h) *Detallismo.* Muchas constituciones modernas, a su turno, padecen de otro mal: una extensión desmesurada, que aborda temas no estrictamente constitucionales (ver § 83).

§ 95. ***Normas declarativas y programáticas.*** – Analizaremos cada una de estas normas.

a) *Declarativas.* Son aquellas que concluyen en una mera proclamación. Por ejemplo, la antigua Ley de Principios del Mo-

vimiento Nacional (de rango constitucional, actualmente derogada) indicaba en su art. 1º: "España es una unidad de destino en lo universal".

b) *Programáticas.* Son reglas constitucionales *no autoaplicativas* o *no autooperativas*, ya que requieren el dictado de leyes o reglas ordinarias complementarias o reglamentarias para entrar en funcionamiento (por eso, Goldschmidt las llama *imperfectas* o *incompletas*).

Algunas veces, la constitución define claramente a la norma programática, ya que subordina su eficacia al dictado de una norma ordinaria (así, el art. 121, Const. española, que declara a cargo del Estado indemnizar los daños ocasionados por errores judiciales, "conforme a la ley").

Interesa averiguar el grado de eficacia de las normas programáticas. Al respecto, existen diversas posturas.

1) *Teoría de la ineficacia.* Sostiene que las reglas son *impropias*, meramente formales, que carecen de importancia como normas constitucionales (Dana Montaño).

2) *Teoría de la eficacia.* En el extremo opuesto, Pina alerta que la calificación de programática a una norma es "una estrategia de no vigencia de cláusulas constitucionales". Toda regla constitucional debe ser operativa, expresa.

3) *Teoría de la eficacia parcial.* No asimila las reglas programáticas a las operativas, pero reconoce a aquéllas el siguiente vigor: *a*) son reglas jurídicas de rango constitucional; *b*) actúan como material jurídico inductor, en el sentido de que impulsan al legislador ordinario y demás poderes constituidos a actuar de un modo específico; *c*) condicionan la validez de la legislación ordinaria (resultaría inconstitucional, pues, una norma subconstitucional opuesta a una norma constitucional programática), y *d*) sirven para interpretar la constitución.

Adherimos a esta última postura.

§ 96. ***Problemática de la inconstitucionalidad por omisión.*** La inconstitucionalidad por omisión se plantea tanto en cuanto *actos individuales* impuestos por la constitución (omisión de *actos de pronunciamiento* y de *actos de ejecución*; p.ej., si el presidente

no designa a un ministro, o si no pone en libertad a la persona que obtuvo en su favor un hábeas corpus), como respecto al *no dictado de normas generales*. En este caso, el órgano moroso puede ser tanto el Poder Legislativo (si no dicta una ley que instrumente una cláusula programática); el Poder Ejecutivo (si no reglamenta una ley del Congreso), así como el Poder Judicial (cuando no asume los roles legislativos que la constitución le encomienda: así, en la Argentina, ya que debe sancionar "su reglamento interior", a tenor del art. 113 de la Const. nacional.

La doctrina tradicional y la jurisprudencia de la Corte Suprema han entendido que la reglamentación de una cláusula programática de la Constitución nacional es un tema reservado a la prudencia y discrecionalidad del Congreso, de tal modo que si éste no dicta la ley del caso, al interesado no le cabe ningún recurso ("Montini", *Fallos*, 115:98, y "Tribuna Demócrata", *Fallos*, 208:21). También ha dicho el alto tribunal que si el Poder Ejecutivo no reglamenta una ley, tampoco puede coaccionárselo a que lo haga ("Ruiz", *Fallos*, 256:387).

Sin embargo, un significativo sector de la doctrina reputa que tanto hay violación de la constitución cuando se la ataca por acción, como cuando se la incumple por omisión, sea esta omisión en cuanto a actos individuales o a generales. La omisión inconstitucional de actos individuales está habitualmente reparada por acciones ordinarias o de amparo. Pero la omisión inconstitucional en la producción de normas generales provoca mayores dudas.

Por nuestra parte, hemos compartido tal postura, aunque aclarando que hay *reglas programáticas de cumplimiento optativo* para los poderes constituidos (p.ej., el art. 43, Const. italiana, que permite al Parlamento estatizar empresas que presten servicios públicos esenciales) y otras de *cumplimiento obligatorio* (como el art. 14 bis, Const. nacional, cuando obliga al Estado a establecer el seguro social obligatorio). La doctrina de la inconstitucionalidad por omisión y su remedio judicial sólo puede operar respecto de las normas programáticas de la segunda categoría, porque respecto de las primeras no hay mora inconstitucional si el legislador no está obligado a emitir la ley del caso.

En el derecho comparado, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha admitido la declaración judicial de inconstitucionali-

dad por omisión siempre que se den estos elementos: *a*) transcurso de un tiempo prudente para que el órgano del caso dicte la norma reglamentaria; *b*) mensaje constitucional claro acerca de qué debe decidirse, y *c*) posibilidad del Poder Judicial de cubrir la laguna.

Algunos textos constitucionales han contemplado el asunto, como los de Portugal, Yugoslavia, Brasil, Venezuela, etcétera. Mucho más terminante, el art. 208 de la Const. de la provincia de Río Negro determina que el Superior Tribunal fija el término para que se subsane la omisión; y si todavía persiste el incumplimiento, "integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite".

§ 97. ***Normas operativas. Permisivas, preceptivas y prohibitivas; irrestrictas y de eficacia restringida.*** – Frente a las normas programáticas, las operativas se aplican por sí mismas (esto es, son *autoaplicativas*: no requieren de normas reglamentarias para entrar en funcionamiento). La tendencia predominante en las actuales constituciones es la de conferir operatividad a la mayor parte de sus cláusulas; el art. 18 de la Const. de Ecuador expresa que los derechos constitucionales "serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad".

Las normas operativas son de distinta índole.

a) *Permisivas.* Cuando autorizan una conducta al Estado o a los particulares.

b) *Preceptivas.* Son las que imponen deberes de *acción* o de *omisión*. Muestra de lo primero es el art. 30 de la Const. italiana: los padres tienen el derecho y el deber de mantener, instruir y educar a sus hijos.

c) *Prohibitivas.* Si impiden ciertos comportamientos (como el art. 16 de la Const. nacional: "La Nación... no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento").

d) *Irrestrictas.* Son las reglas que no pueden limitarse ni regularse por normas reglamentarias. Así, el art. 15 de la Const. nacional afirma que en la República "no hay esclavos".

e) *De eficacia regulada.* Se trata de cláusulas *reglamentables* dentro de pautas de bien común o razonabilidad.

3) Poder constituyente

§ 98. ***Establecimiento. Reforma, suspensión y extinción de la constitución. Poder constituyente.*** – La imposición de la constitución formal, su cambio, inaplicación o desaparición son obra de quien ejerza el *poder constituyente*.

La expresión *poder constituyente* refiere tanto a la *facultad* o *potencia* para establecer y alterar la constitución (poder-función), como a *quién* lo hace (poder-persona).

El *establecimiento* de la constitución comprende su *sanción* (elaboración y aprobación) y *promulgación* (acto de mandarla ejecutar, ponerla en vigencia y publicarla).

§ 99. ***Tipos de poder constituyente, "interno" y "externo".*** Normalmente, una constitución es producto del poder constituyente de su propio país. En síntesis, del poder constituyente interno.

Sin embargo, algunas veces la constitución de un país es producto del poder constituyente de una o más naciones extranjeras, ya de modo total, ya parcial. En otros supuestos, un poder extranjero, aunque no dicte normas constitucionales nacionales, influye en el poder constituyente interno. Es factible, entonces, hablar de un poder constituyente *externo*.

Ejemplo de lo primero han sido constituciones como las de Canadá (1867), Australia (1901) o Sudáfrica (1909), dictadas por el Parlamento británico. De lo segundo, la Constitución japonesa de 1947, casi impuesta por las autoridades estadounidenses, victoriosas sobre el Imperio de Japón.

§ 100. ***Poder constituyente "originario" y "derivado". Distinción.*** – Esta diferenciación, muy importante, asume las siguientes características:

a) *Poder constituyente originario.* Éste, no en el sentido cronológico, sino en cuanto a su cuota de poder, no está sometido a

normas jurídicas preexistentes de derecho positivo. Se lo puede considerar, pues, revolucionario e *ilimitado* (respecto del derecho positivo).

Puede ser *fundacional*, cuando dicta la primera constitución del Estado, al crearse éste, y siempre que actúe sin topes normativos, o *posfundacional*, si opera después de haberse creado el Estado, pero también libre de reglas jurídicas preexistentes.

b) *Poder constituyente derivado (o constituido).* Es el sometido a reglas jurídicas preexistentes de derecho positivo. Casi siempre importa un poder de *reforma* o *enmienda* de una constitución previa; pero en otros casos posee también poder de *reemplazo*, ya que puede estar facultado para sustituir una constitución por otra.

Se discute si el poder constituyente derivado significa, en realidad, poder constituyente (para algunos, sólo importa un poder legislativo extraordinario).

§ 101. ***Competencia ("potencia") jurídico-política del poder constituyente originario.*** – Tradicionalmente se define al poder constituyente originario como autónomo, incondicionado, trascendente con relación al orden jurídico positivo (Sánchez Agesta). Otros le atribuyen la "soberanía originaria, extraordinaria, suprema y directa" (Sánchez Viamonte), con ribetes de poder *político* más que *jurídico*.

Es acertado, asimismo, marcar ciertos límites del poder constituyente originario.

a) *Topes fácticos.* Como toda obra humana, el poder constituyente originario está recortado y condicionado por las fuerzas políticas que operan en un país, los *lobbies* y grupos de presión, los factores de poder, las posibilidades económicas, etcétera.

b) *Topes normativos.* El derecho internacional opera también como condicionante del poder constituyente interno. La Convención de Viena sobre los tratados, adoptada por nuestro país mediante ley 19.865, puntualiza en el art. 27 que el Estado no puede desligarse de sus compromisos internacionales argumentando normas de derecho interno (p.ej., su constitución), salvo en determinados supuestos (ver § 115 y 143).

En otros casos, la creación de una justicia transnacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica (adoptada por la Argentina mediante ley 23.054 y la reforma constitucional de 1994), importa erigir una autoridad supranacional que puede invalidar actos de autoridades nacionales, y así, por ejemplo, reputar violatorio al Pacto de San José de Costa Rica una norma aprobada por un poder constituyente originario nacional.

c) *Topes axiológicos y de derecho natural.* Desde luego, hay principios jurídico-políticos que limitan la potestad de un poder constituyente originario (p.ej., los valores justicia, libertad, igualdad, seguridad, paz, solidaridad, etc.), plasmados muchas veces en reglas y postulados de derecho natural, "previos y superiores a cualquier constitución positiva", como los de dignidad del hombre, respeto a la vida, promoción de los más necesitados, entre otras.

En última instancia, si una constitución fuese globalmente contraria a los valores jurídico-políticos, y diese lugar a un régimen tiránico, el pensamiento cristiano autoriza, dados ciertos supuestos extremos, el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión.

§ 102. ***"Titularidad" y "ejercicio" del poder constituyente.*** – Es usual distinguir entre la *titularidad* del poder constituyente (generalmente conferida al *pueblo* o a la *nación*; es decir, en quién se *hace formalmente residir* la potestad constituyente, y a quién se le *atribuye* o *imputa* la decisión del poder constituyente), y el *ejercicio* de tal poder, o sea, el desempeño de éste por los autores de la constitución formal (p.ej., los miembros de una asamblea constituyente).

En el ámbito de las realidades, la diferenciación entre *titularidad* y *ejercicio* del poder constituyente es una estrategia de legitimación del comportamiento de quienes elaboran la constitución y la establecen. Si el "titular" del poder constituyente se limita a elegir a quien lo "ejercita", sin poder controlarlo luego, es evidente que su *titularidad* es un derecho sumamente relativo, y que el poder constituyente, de modo efectivo, recayó en el *ejercitador*.

§ 103. ***Operadores ("ejercitadores") del poder constituyente originario.*** – Advertimos que se diferencian dos sistemas.

a) *Sistema monocrático.* Cuando el operador del poder constituyente es unipersonal. Un caso moderno es el de Rainiero III, al dictar por sí solo la Constitución de Mónaco de 1962.

b) *Sistema múltiple (policrático).* En tal caso, el operador es plural. El caso típico es el de una convención o asamblea constituyente de origen popular, pero también han ejercido el poder constituyente un partido político (como el *Funk*, en Camboya, 1976); gobiernos militares de facto (como en la Argentina, en 1956, al derogar la Const. de 1949), o civiles de facto (p.ej., el Comité Nacional Checoslovaco, que en 1918 dictó la primera Constitución provisional de ese país). De vez en cuando, el Parlamento común ha asumido el poder constituyente (p.ej., leyes constitucionales de Hungría, de 1920).

§ 104. ***Legitimidad del poder constituyente originario.*** – Un poder constituyente originario, como cualquier poder del Estado, debe satisfacer una doble justificación: de *origen* y de *ejercicio*.

La *legitimidad de origen* nace de métodos legítimos de designación de quien ejerza el poder constituyente: elecciones limpias, cuando se trata de un poder constituyente de base democrática.

La *legitimidad de ejercicio* deriva, especialmente, del dictado de una constitución intrínsecamente *justa*. Las cláusulas constitucionales absurdas, injustas, demagógicas, utópicas, totalitarias, superfluas o confusas hacen perder autoridad ética al texto constitucional y provocan, según su gravedad, la deslegitimación del sistema político, pudiendo ello autorizar (en casos extremos) su desobediencia o el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión.

§ 105. ***Responsabilidad interna del Estado nacional por el ejercicio del poder constituyente.*** – En el ámbito interno del Estado, el poder constituyente originario dicta la fuente de todo el derecho positivo del país en cuestión: la nueva constitución. Por ende, si ésta extingue derechos, suprime magistraturas o cargos, etc., que confería la constitución antigua, difícilmente podrían los afectados formular reclamos (a nivel de derecho positivo) frente a ese poder constituyente.

Sin embargo, el poder constituyente originario no podría válidamente extinguir derechos naturales básicos del hombre y de la sociedad, puesto que, como hemos visto, él también tiene topes axiológicos y de derecho natural (ver § 101). Pero si así lo hiciera, esos derechos deberían restituirse, y de ser imposible, realizar el Estado las indemnizaciones del caso.

§ 106. ***Responsabilidad internacional.*** – En este plano, la respuesta no es igual: un Estado no debe desligarse de sus compromisos internacionales alegando normas de derecho interno, como sería el dictado de una nueva constitución (ver § 101, 115 y 143). Si lo hace, incurre en responsabilidad internacional.

§ 107. ***Poder constituyente derivado o "constituido".*** – Llamado también poder de *reforma* o de *revisión*, es el que se desenvuelve conforme a las pautas jurídicas (de trámite y de contenido) que marca la constitución preexistente.

Según la intensidad con que se ejercite, se distinguen algunas veces las *enmiendas* (cambios secundarios) de las *reformas* (cambios más importantes) en la constitución.

§ 108. ***Poder "preconstituyente" y poder "constituyente" derivado.*** – Muchas constituciones distinguen un poder preconstituyente, previo al constituyente, y que opera como *órgano de convocatoria* de éste.

Ese poder preconstituyente es diverso: algunas veces lo cumple el Congreso ordinario (p.ej., en nuestro país, la declaración de necesidad de reforma debe ser decidida por el Poder Legislativo, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, según el art. 30 de la Const. nacional; luego actuará la asamblea constituyente).

La importancia jurídico-política del poder preconstituyente deriva no sólo de lo indispensable que es su decisión para que se ponga en marcha el proceso de reforma constitucional, sino también porque, en algunos casos, encuadra la tarea del poder constituyente constituido (así, en la Argentina, se fija el temario y el tiempo en el cual éste puede funcionar).

Para definir las atribuciones del poder preconstituyente, conviene advertir que pueden ser, según el texto constitucional y el derecho constitucional consuetudinario de cada Estado, de dos modalidades diferentes.

a) *Poder de declaración.* Cuando el órgano preconstituyente sólo decide abrir el proceso constituyente, habilitando entonces la actuación del poder constituyente derivado.

b) *Poder de regulación.* Si, además de declarar la necesidad de reforma, la constitución le confiere al órgano preconstituyente la facultad de *disciplinar* todo o parte de la gestión del poder constituyente: así, por ejemplo, el art. 30 de la Const. nacional, cuando puntualiza que los cambios constitucionales se hacen "por una convención *convocada al efecto*". La atribución de "convocar" parece comprender la de *regular* tal convocatoria.

§ 109. ***Órganos del poder constituyente derivado.*** – En el derecho comparado existen diversos mecanismos para instrumentar el poder que tratamos.

a) *Sistema de la "convención" o "asamblea constituyente".* En tal supuesto, quien ejerce el poder constituyente derivado es un cuerpo especialmente convocado al efecto. Tiene como ventajas prestar a la tarea constituyente un marco más solemne y especializado.

b) *Sistema del Poder Legislativo.* El método más frecuente es encomendar la reforma de la constitución al mismo Poder Legislativo ordinario, requiriendo mayorías calificadas (p.ej., dos tercios del Parlamento, China, art. 64), o su aprobación en dos o más sesiones, decididas en distintos períodos (Noruega, art. 112), algunas veces con renovación de las cámaras y nueva convocatoria a elecciones para integrarlas (Bélgica, Const. de 1994, art. 195).

c) *Sistema del referéndum.* La Constitución francesa de 1958 contempló el proceso de reforma a través de la iniciativa presidencial, votación por las cámaras y posterior ratificación popular, mediante referéndum. Varios Estados siguen una metodología similar.

d) *Otros mecanismos.* En ciertos países, la constitución puede reformarse por el jefe de Estado y el Parlamento (Mónaco); o por decisión del congreso federal con dos tercios de sus miembros, y con el acuerdo de las legislaturas de tres cuartas partes de los Estados, o con el consentimiento de convenciones reunidas en tres cuartas partes de los Estados (Estados Unidos de América).

§ 110. ***Límites de contenido.*** – Cabe señalar los límites que generalmente se tienen en cuenta.

a) *Externos.* Aludimos al orden jurídico internacional y transnacional, cuyas reglas pueden limitar la aptitud constituyente de un país (nos remitimos a lo puntualizado en el § 99).

b) *Internos.* Ciertas constituciones impiden el cambio de algunas de sus normas o postulados (p.ej., la de Portugal, que en su art. 290 prohíbe alterar los principios de independencia nacional, unidad del Estado, forma republicana, separación de la Iglesia y del Estado). Éstas son cláusulas *pétreas* de tipo *expreso*. En otros casos se habla de cláusulas pétreas *tácitas* o *implícitas*, producto de la voluntad del constituyente o de las creencias sociales. Por ejemplo, en el caso argentino: el art. 18, cuando establece que quedan abolidas *para siempre* la pena de muerte por causas políticas, y según algunos, el sistema federal, profundamente compenetrado con las vivencias de la comunidad.

Ocasionalmente, determinadas constituciones han prohibido su reforma total, durante cierto tiempo.

La petrificación de la constitución por un lapso prolongado, sea total o parcial, no es legítima, desde el momento en que una generación no puede imponer a las posteriores, negándoles la posibilidad de cambio, un tipo de régimen o una manera de regularse (salvo que lo pétreo sea forzosamente perenne; p.ej., si se petrificase una norma que reconociese al hombre el derecho a su dignidad).

Otra manera de establecer límites al poder constituyente derivado es cuando el poder preconstituyente (ver § 108) fija un temario al cuerpo constituyente (p.ej., ciñe el ámbito de la reforma a uno o más artículos de la constitución vigente). Se discute, por cierto, si una asamblea constituyente está constreñida por tal temario, o puede –invocando *soberanía*– apartarse de él.

A nuestro entender, cuando el poder preconstituyente involucra un poder de *regulación* (ver § 108), bien puede (salvo que la constitución lo prohíba) determinar el radio de acción del poder constituyente derivado, que, además, no es *soberano*, ya que, precisamente por ser poder derivado, está circunscripto por el derecho preexistente que regula su comportamiento.

§ 111. ***Límites de lugar.*** – Ocasionalmente, algunas constituciones determinan dónde debe sesionar el cuerpo constituyente (así, las const. de las provincias de Jujuy, art. 99, y de San Luis, art. 285, que indican a la capital provincial).

§ 112. ***Límites de tiempo.*** – En ciertos supuestos, la constitución establece el lapso de validez de funcionamiento del poder constituyente derivado (p.ej., la Const. de la provincia de Mendoza, según su art. 222, impone un año).

¿Puede el poder preconstituyente regular el período de funcionamiento del poder constituyente? En el orden nacional, muchas leyes de convocatoria fijaron términos (p.ej., leyes 3507 y 13.233) y también lo han hecho algunas normas provinciales. Eso atañe al poder de regulación del poder preconstituyente, cuando cuenta con él (ver § 107).

La incógnita es si la convención constituyente que ejerce el poder constituyente derivado está habilitada para prorrogar el término dispuesto por el poder preconstituyente. Hay tres posturas al respecto: *a*) la *negatoria*, descarta tal derecho; *b*) la *admisoria*, lo permite, como facultad implícita del poder constituyente constituido, y *c*) la *ecléctica*, consiente la prórroga, salvo que la ley de convocatoria expresamente lo prohíba.

Como principio, reiteramos que si el poder preconstituyente tiene poder de regulación, el poder constituido debe someterse al plazo fijado por aquél.

§ 113. ***Límites de procedimiento.*** –Analizaremos las prescripciones a estos límites.

a) *Constitucionales.* Así, el art. 229 de la Const. del Paraguay de 1967 indicó que la convención dicta su propio reglamento, nombra sus empleados y elige sus autoridades.

b) *Dictadas por el propio poder constituyente.* Como facultad implícita, posee la de autorregularse, adoptando el reglamento interno de funcionamiento, fijando los horarios de sesiones, licencias a sus miembros, etcétera.

c) *Dictadas por el poder preconstituyente.* Cuando éste posee el poder de convocatoria y de regulación, tendrá competencias

para reglamentar, si lo desea, los procedimientos a seguir en el órgano convocado. Desde luego, tales reglas deben ser constitucionales y razonables.

§ 114. ***Inconstitucionalidad de las decisiones del poder constituyente derivado. Problemática de su judiciabilidad.*** – ¿Es discutible en tribunales, o ante el órgano de control de constitucionalidad que posea un país, la inconstitucionalidad de una reforma constitucional por violación a *límites de contenido* (*matters of substance*) o *de forma* (*matters of procedure*: tiempo, lugar, procedimiento)? La doctrina tradicional reputaba a este asunto *cuestión política no justiciable* (p.ej., Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en "Luther v. Borden" y "White v. Hart").

Pensamos que si una reforma constitucional es inválida por infracción a topes normativos y axiológicos de contenido, de tiempo, lugar o procedimiento, ese defecto es *cuestión jurídica justiciable*, sin perjuicio de importar, al mismo tiempo, una cuestión política.

En definitiva, la Corte Suprema argentina, terminó por admitir –con acierto– que es cuestión justiciable lo referente a la invalidez de una reforma constitucional (en este caso, la realizada en 1994 en el actual art. 99, inc. 4, párr. 3°, Const. nacional), si se configura en un proceso una controversia definida y concreta entre las partes que sostienen derechos contrapuestos ("Fayt", *Fallos*, 322: 1616). En la especie, el alto tribunal puntualizó que la convención constituyente de aquel año sobrepasó los límites fijados por el Congreso actuando como poder preconstituyente, según la ley 24.309.

§ 115. ***Consecuencias de la infracción a los topes del poder constituyente derivado.*** – Los defectos de contenido o de trámite en que pueda incurrir el poder constituyente derivado no son siempre similares.

a) *Topes externos.* Si se infringen normas internacionales o supranacionales, puede ocurrir que los órganos estatales de control de constitucionalidad reconozcan tal violación y juzguen inválida la reforma constitucional.

Por el contrario, si reputan que el poder constituyente interno puede ir contra tales reglas inter o supranacionales, el afectado po-

drá ocurrir ante la jurisdicción internacional o supranacional cuando ella exista (p.ej., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos) y allí reclamar la aplicación del derecho internacional o supranacional.

b) *Topes internos*. Una reforma constitucional que violase topes de *contenido*, *lugar* y *trámite* resultaría total o parcialmente inválida. Para ello será necesario que los órganos de control de constitucionalidad (Corte Suprema, Tribunal de Garantías Constitucionales, etc.), acepten la judiciabilidad de la cuestión y se pronuncien en contra de la reforma.

La violación de reglas de *tiempo* da lugar a distintos efectos.

Si se tratase de una reforma parcial, con cláusulas que pueden efectivizarse independientemente unas con relación a otras, y que se fueron sancionando y promulgando a medida que se aprobaron, serían válidas las nuevas normas sancionadas en tiempo, y nulas las dictadas extemporáneamente. Por el contrario, si se trata de una nueva constitución, distinta de la precedente, es obvio que no podrán promulgarse cláusulas aisladas que forman parte de un todo orgánico y sistemático.

§ 116. ***Legitimidad del poder constituyente derivado.*** – A los requisitos comunes de legitimidad (justificación), de *origen* y de *ejercicio* del poder constituyente originario (ver § 104) se le deben sumar el respeto a las normas constitucionales, legales y reglamentarias que condicionan su comportamiento (legitimidad formal).

§ 117. ***Responsabilidad jurídica del Estado por el ejercicio del poder constituyente derivado.*** – Cabe aquí distinguir distintos supuestos.

a) *Reforma constitucional (válida)*. ¿Qué ocurre si una reforma constitucional suprime derechos constitucionales preexistentes? Para una posición (Marienhoff), el Estado debe satisfacer los daños que los administrados sufran por la enmienda. Para otra (Reiriz, Vanossi), no hay derecho a tal indemnización, si la reforma ha sido correctamente constitucional, salvo que ella disponga tal resarcimiento, ya que nadie tiene derecho al mantenimiento de un determinado régimen jurídico.

A nuestro entender, si la reforma se ha hecho según el esquema constitucional vigente, y no lesiona derechos naturales, al ser la constitución fuente del derecho positivo, el afectado carecería de sustento jurídico para plantear su reclamo, ya que la nueva regla constitucional no daría base para su pretensión.

b) *Reforma inconstitucional (o contraria al derecho natural)*. De darse esta variable, la reforma sería inválida o significaría derecho en sentido impropio. Los daños que causara merecerían resarcimiento.

Sobre la responsabilidad internacional del Estado por sus reformas constitucionales opuestas al derecho inter o supranacional, ya nos hemos expedido (ver § 115).

§ 118. ***Poder constituyente provincial, regional y municipal.*** – En los Estados federales es usual que la constitución federal reconozca facultades constituyentes a las provincias, cantones, Estados o como se denominen las partes integrantes de la federación.

El derecho de una provincia a dictar una constitución es, pues, un poder constituyente *derivado* de la constitución federal, de tipo *secundario*, y debe ejercerse según las pautas y condicionamientos de ésta.

El poder constituyente derivado provincial también está sometido a las reglas internacionales pactadas por el Estado federal o por la misma provincia (cuando está autorizada para actuar en el ámbito internacional) y, asimismo, a las reglas constitucionales y legales provinciales preexistentes.

Ciertas constituciones admiten una fuerte autonomía municipal, concretada en la sanción por parte de los municipios de *cartas orgánicas* que significan, para algunos, el ejercicio de un cierto *poder constituyente* municipal.

§ 119. ***Sanción y promulgación de la constitución.*** – Cuando se ejercita el poder constituyente originario, éste disciplina por sí los mecanismos de sanción, promulgación y publicación de la constitución.

En cambio, cuando opera el poder constituyente constituido, o reformador, estos trámites pueden estar previstos por la constitu-

ción anterior, o regulados por quien ejerza el poder *preconstituyente*.

De todos modos, si quien tiene poder de convocatoria no ha disciplinado el procedimiento de sanción y promulgación, será el órgano que efectiviza el poder constituyente reformador quien determinará tales pasos.

§ 120. ***Suspensión de la constitución. Suspensión constitucional.*** – Consiste en la inaplicación transitoria de la totalidad o parte de la constitución. Asume dos variantes: la suspensión *constitucional* y la *inconstitucional*. Concluido el período de suspensión, la constitución recobra vigencia.

La *suspensión constitucional* es la prevista por la propia constitución. En realidad, ella nunca puede admitir la suspensión *total* de su texto.

En rigor de verdad, la *suspensión* constitucional de la constitución se refiere a la no vigencia temporal de *ciertos* derechos o garantías constitucionales.

§ 121. ***Suspensión inconstitucional.*** – Es la adoptada en contravención a la constitución, sea por autoridades de facto o de iure.

Una fórmula usual en las suspensiones inconstitucionales es reputar vigente una constitución en tanto no se oponga a las nuevas reglas emitidas por el gobierno en cuestión. Así ocurrió en nuestro país, en 1976, con el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional (art. 14): regía la Constitución de 1853-1860, pero subordinada a los Objetivos Básicos y el Estatuto de la Junta Militar.

§ 122. ***Extinción de la constitución.*** – La desaparición total de una constitución formal puede provocarse por distintas vías.

a) Una posibilidad, frecuente en constituciones de tipo *provisional* (ver § 85), es que la misma constitución prevea su extinción (*autoderogación*). Así, el Estatuto Fundamental argentino de 1972, cuyo art. 4º detalló que regiría –si una convención constituyente no dispusiera lo contrario– hasta el 24 de mayo de 1981.

b) Una segunda alternativa es la derogación constitucional de la ley suprema, *de modo expreso*, por otra constitución (p.ej., la de Suecia, 1974, que deroga a la anterior).

c) Un tercer camino es la *derogación tácita*: se dicta constitucionalmente una nueva constitución, que por aplicación del principio *lex posterior derogat priori*, desplaza implícitamente a la preexistente.

d) Una cuarta variable es la abolición inconstitucional de la constitución, ya por autoridades de iure (pero actuando inconstitucionalmente, como los Manifiestos de Fernando VII, en 1814, derogando la Constitución de Cádiz de 1812), o de facto (así, la Proclama del gobierno provisional argentino, de 1956, anulando la Constitución de 1949).

§ 123. ***Casos de incertidumbre sobre la vigencia de la constitución.*** – Ninguna constitución formal rige en su plenitud: siempre existen normas de ella inaplicadas, otras desnaturalizadas por sus operadores, algunas infringidas con mayor o menor frecuencia, etcétera.

Un caso singular se presenta cuando, en el mismo espacio y momento, dos constituciones se disputan su condición de ley suprema. En la Argentina, por ejemplo, desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 26 de marzo de 1976 coexistían el Estatuto Fundamental dictado por el gobierno militar, en 1972, y la Const. de 1853-1860. Teóricamente, el primero modificaba algunas de las cláusulas de la segunda; y en efecto, varias de esas reformas (número de senadores, modo de elección del presidente) tenían vigencia. Sin embargo, muchas normas del Estatuto Fundamental eran desoídas por las autoridades públicas que en ciertos tramos observaban el texto de 1853-1860, pese a lo dispuesto por dicho Estatuto (p.ej., el modo de remoción de los jueces –ver § 254–).

C) Otras fuentes del derecho constitucional

§ 124. ***Introducción.*** – Además de la constitución formal, hay otras fuentes de derecho constitucional que en algunos casos son más importantes, en la realidad jurídico-política, que la primera.

Esas fuentes, según vimos (ver § 71), son las siguientes:

a) *De derecho constitucional formal.* Leyes *constitucionales*; leyes *constitucionalizadas*; leyes *cualificadas*; leyes *reforzadas*; le-

yes *complementarias* a la constitución (*orgánicas* y *especiales*); normas que traten puntos de derecho constitucional (leyes ordinarias, decretos leyes, decretos, resoluciones, etc.), y normas de derecho internacional, referidas al derecho constitucional.

De este listado de reglas, algunas tienen formalmente una condición de supremacía idéntica al texto constitucional (p.ej., en ciertos países, las leyes constitucionales y las constitucionalizadas), y componen entonces el derecho constitucional *primario*; mientras que las otras no, y forman el derecho constitucional *secundario*. Las leyes reforzadas están en una posición intermedia.

b) *De derecho constitucional informal.* Derecho constitucional consuetudinario (primario o secundario), según cuente o no con supremacía sobre las normas ordinarias y derecho constitucional repentino (*primario* o *secundario*, según los casos).

1) Derecho constitucional formal primario

§ 125. ***Leyes constitucionales.*** – La expresión *ley constitucional* se emplea en un doble sentido: como ley *conforme* o *bajo* la constitución (sentido usual en la Argentina); o, en ciertos Estados, como ley dictada por el parlamento, con un trámite similar al establecido para la reforma de la constitución (p.ej., con dos tercios de votos en su favor). En este último caso, la ley constitucional tiene la misma jerarquía que el texto constitucional.

§ 126. ***Leyes constitucionalizadas.*** – En otros supuestos, la constitución da rango constitucional a ciertas leyes dictadas con anterioridad a ella. Así, el art. 153 de la Const. de Turquía de 1961 puntualiza que no podrán entenderse o interpretarse como inconstitucionales una serie de leyes que allí enuncia: unificación de la enseñanza, *uso del sombrero*, celebración del matrimonio civil, etcétera.

§ 127. ***Leyes cualificadas.*** – Así son llamadas por Loewenstein algunas leyes dictadas por el parlamento, pero declaradas por éste como irrevisibles, salvo por medio de un trámite de reforma

constitucional (fueron de práctica durante la vigencia de la Const. alemana de Weimar de 1919).

Si una constitución contempla la existencia de estas normas, ellas son obviamente constitucionales. Pero no es constitucional que el Poder Legislativo otorgue rango constitucional a leyes a las cuales la constitución no les confiere tal carácter.

2) Derecho constitucional formal secundario

§ 128. ***Leyes reforzadas.*** – El derecho constitucional formal secundario se integra con normas no incluidas en la constitución formal, pero que tratan temas constitucionales (es decir, que atañen a lo fundamental de la organización y funcionamiento del Estado). Entre éstas hay reglas de diferente categoría.

Ciertas constituciones contemplan normas que para ser adoptadas, no deben cumplir con los mismos recaudos que para sancionar una ley constitucional, aunque de todos modos tienen que satisfacer más requisitos que una ley común (p.ej., deben ser aprobadas por una mayoría calificada). En estos casos, la ley *reforzada* se encuentra *bajo* la constitución, pero tiene *supremacía* sobre las leyes comunes, ya que no puede ser dejada sin efecto por éstas. Se encuentra, pues, en un escalón intermedio.

Algunas constituciones programan estas leyes reforzadas sin llamarlas así (como la de la provincia de Río Negro, art. 202, para ampliar el número de miembros del Superior Tribunal de Justicia).

Acerca de las leyes reforzadas, se puede afirmar que el parlamento está ejerciendo poderes cuasiconstituyentes. Tal solución no es perjudicial, y permite flexibilizar la adaptación de principios constitucionales a realidades concretas, aunque se exija para ello mayorías especiales que demuestren un mayor grado de aceptación política en la ley dictada.

Desde luego, si una ley común va contra una ley reforzada, resulta inconstitucional.

§ 129. ***Otros tipos de normas.*** – El derecho constitucional se nutre también de reglas emergentes de normas ordinarias

que refieren a la estructura fundamental del Estado. Veamos algunas.

a) *Leyes dictadas por el poder constituyente.* Algunas constituciones encomiendan al poder constituyente el dictado de normas de rango común, pero que pueden tratar temas constitucionales. En la Argentina, el Congreso Constituyente de 1853 sancionó leyes como la de organización de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, del crédito público, etcétera.

b) *Leyes especiales.* Ocasionalmente, una constitución puede disponer que el parlamento sancione una *ley especial.* El hecho de ser una ley especial no le confiere, en principio, un estatus jurídico privilegiado sobre las leyes comunes (Posada).

c) *Leyes ordinarias.* Se trata de ciertas normas –como las de ministerios, del Poder Judicial, de ciudadanía, etc.– complementarias de la constitución. Son asimilables a las leyes comunes, salvo que una constitución les dé un trato jurídico singular, regulándolas como leyes reforzadas (ver § 128).

d) *Leyes de base (o "cuadro").* Es una ley de delegación legislativa, que confiere al Poder Ejecutivo la facultad de ejercer atribuciones normales del parlamento, dentro de ciertas pautas.

e) *Resoluciones legislativas.* Se trata de pronunciamientos del parlamento que, aunque no tienen forma de ley sino de resoluciones, declaraciones, mociones, etc., tratan puntos de derecho constitucional (p.ej., los reglamentos internos de cada cámara).

f) *Normas del Poder Ejecutivo.* Como decretos reglamentarios de leyes aprobadas por el congreso, decretos delegados emitidos en virtud de una autorización del Poder Legislativo sobre materias de competencia de éste, decretos de necesidad y urgencia, resoluciones ministeriales, etc., cuando atiendan temas de derecho constitucional.

g) *Normas del Poder Judicial y de los órganos de la jurisdicción constitucional.* Siempre que toquen puntos de derecho constitucional (relativos, como se dijo, a la estructura fundamental del Estado).

Conviene alertar que, por lo común, las sentencias y pronunciamientos judiciales se refieren a *casos concretos*, por lo cual sus decisiones son habitualmente *normas individuales.* Sin embargo, según los distintos sistemas constitucionales, es posible que un poder judicial o un tribunal constitucional emita reglas generales o que sus sentencias tengan efectos generales (p.ej., al derogar a una ley inconstitucional, art. 136, Const. italiana). También es posible que sentencias con fines individuales tengan proyección y sean seguidas en los fallos de los tribunales inferiores y asuman, en la experiencia jurídica, calidad de normas generales.

h) *Normas de derecho provincial y regional.* Desde luego, las provincias (cantones, países o Estados miembro de una federación), así como regiones (en un Estado regional), dictan reglas constitucionales locales, o sea, válidas para la constitución de esa provincia, cantón, país, región, etcétera.

Pero cabe advertir que, ocasionalmente, una provincia, cantón, región, etc., pueden dictar reglas o tomar decisiones concernientes al derecho constitucional del Estado nacional, cuando traten asuntos vitales para la estructura de éste. Por ejemplo, las resoluciones de las legislaturas de los Estados miembro de los Estados Unidos de América, o de sus convenciones, que ratifiquen enmiendas a la Constitución federal.

§ 130. ***El "bloque de la constitucionalidad".*** – La expresión "bloque de la constitucionalidad" se emplea en distintos sentidos.

a) El utilizado por Pactet se refiere al conjunto de normas de derecho constitucional primario y secundario (ver § 71).

b) El empleado por De Otto, que alude a un grupo de normas; unas, emergentes de la constitución formal, y otras de diferente rango (leyes orgánicas, leyes especiales, etc.) que tratan en su conjunto determinada materia (p.ej., en España, delimitar las competencias entre el Estado nacional y las comunidades autónomas, o regular la actuación de éstas).

c) En otros países (p.ej., Panamá), la expresión "bloque de la constitucionalidad" comprende la constitución formal, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional, la costum-

6. Sagüés, *Manual.*

bre constitucional, el Reglamento de la Asamblea Legislativa y el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional (Hoyos). En la Argentina, Bidart Campos ciñe la idea de "bloque constitucional federal" a la constitución formal y a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que en su art. 75, inc. 22, le confiere jerarquía constitucional. En la misma posición se ubica nuestra Corte Suprema ("Verbitsky", *Fallos* 328:1146).

Por nuestra parte, nos adherimos a la tesis amplia, entendiendo por "bloque de la constitucionalidad" al conjunto de reglas de naturaleza constitucional con y sin supremacía, primarias o secundarias, formales o informales (ver § 71).

3) Normas sobre derecho internacional

§ 131. ***Introducción.*** – Algunos preceptos de derecho internacional regulan temas que también están tratados en la constitución o en otras fuentes del derecho constitucional local. Tal fenómeno se ha acrecentado durante las últimas décadas.

a) La existencia de un *bien común internacional*, que se encuentra por sobre el *bien común nacional.*

b) Ese bien común internacional demanda la creación de autoridades supranacionales, encargadas de velar por él.

c) El Estado nacional ha dejado de ser *autosuficiente* y *sociedad perfecta.*

d) La idea de *soberanía* nacional ha cambiado; ya no es más el "poder absoluto y perpetuo de una República", como la definió en el siglo XVI Bodin, sino una potestad *relativa*, cada vez más recortada.

§ 132. ***Reglas constitucionales de elaboración de normas de derecho internacional ("power to make").*** – La constitución tiene, habitualmente, preceptos que se refieren a *quién* puede comprometer internacionalmente al Estado, y *de qué modo.*

Es frecuente diferenciar, al respecto, cuatro etapas en la elaboración de un tratado: *concertación* (negociación), *firma*, *aprobación*, y *ratificación*, encomendadas –casi siempre– las dos primeras y la última al Poder Ejecutivo, y la tercera, al Poder Legislativo, sea a una sola cámara (el Senado, en los Estados Unidos de América) o a las dos (la Argentina, Colombia). La intervención del parlamento es, algunas veces, *previa* a la firma del tratado (Irán) y, en otros, *posterior* (Nicaragua, México).

Paralelamente, hay casos (*acuerdos ejecutivos* o de *trámite simplificado*) de tratados gestionados y efectivizados solamente por el Poder Ejecutivo, admitidos por la constitución (el Perú), o simplemente producto del derecho constitucional consuetudinario (la Argentina, los Estados Unidos de América).

§ 133. ***Ejecución (nacional) de los tratados ("power to enforce").*** – No es frecuente que una constitución diga quién se encarga de la ejecución de un convenio o tratado internacional: se sobreentiende que, en principio, esa tarea compete al Poder Ejecutivo.

§ 134. ***Derogación, denuncia, modificación y suspensión de los tratados.*** – Lo normal es que estas decisiones sean tomadas por los órganos que elaboran el tratado internacional del caso. Una importante salvedad trae la actual Constitución española: los convenios pueden ser dejados sin efecto, modificados o suspendidos únicamente "en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional" (art. 96).

§ 135. ***Incorporación de los tratados internacionales al derecho interno.*** – Sobre este punto existen tres actitudes en el ámbito del derecho internacional.

a) *Doctrina de la "transformación" o de la "adopción".* Para esta tesis, además de cumplirse con las reglas constitucionales de elaboración de un tratado, se necesita una decisión complementaria de ese Estado que lo *incorpore* a su derecho interno. Así ocurre, por ejemplo, en la Constitución de Irlanda.

b) *Doctrina de la "bivalencia".* Para esta postura, el tratado finiquitado según la constitución, forma parte del derecho interno (España, art. 96; Grecia, art. 28).

Si una constitución guarda silencio, cabe suponer que concluido el trámite constitucional de elaboración de un tratado, el Estado ya ha emitido su voluntad de adoptarlo, y rige en el país del caso, sin necesidad de otra ley de *adopción*.

c) *Doctrina de la constitucionalización*. Ocasionalmente, el propio poder constituyente da jerarquía constitucional a algunos tratados (así, en materia de derechos humanos, art. 109 de la Const. del Perú de 1979; art. 75, inc. 22, Const. argentina).

§ 136. ***Directrices constitucionales en materia de contenido de los tratados.*** – En las constituciones marxistas es común encontrar reglas en materia de política internacional y de contenido de los tratados: así, la de Albania de 1976 (art. 14).

Algunas constituciones occidentales tratan también este tema. La de Grecia menciona el respeto a los derechos del hombre, la democracia y la legalidad (art. 28); a la paz y la justicia, y el reconocimiento del derecho de asilo (Italia, arts. 10 y 11); consolidación de la paz y seguridad internacionales, promoción del derecho internacional y cooperación entre las naciones (Noruega, art. 93).

La contravención a alguna de estas ideas-fuerza importaría teñir de inconstitucionalidad al tratado en cuestión.

§ 137. ***Relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional: dualismo y monismo.*** – ¿Qué ocurre si una regla de derecho constitucional local colisiona con una de derecho internacional?

Para el *dualismo*, hay dos órdenes jurídicos diferentes: el internacional y el nacional. Como el Estado nacional es soberano, y no reconoce sobre sí un derecho superior, la constitución está por sobre el tratado; el derecho internacional se aplica en el Estado sólo en la medida en que éste lo admita y reconozca. La constitución, pues, es válida y tiene primacía con independencia de su conformidad o disconformidad con el derecho internacional.

Para el *monismo*, en cambio, el derecho internacional está por encima del derecho nacional. Por ello, el Estado local puede dictar su constitución, en tanto no lesione al derecho internacional.

En definitiva, el Estado nacional no es *soberano*, en el sentido de que pueda decidir lo que quiera.

La oposición entre *monismo* y *dualismo* es atenuada por ciertas posiciones intermedias.

Por ejemplo: si una constitución declara su sometimiento a los principios y normas del derecho internacional, se puede inferir que compatibiliza (y subordina) el derecho local al internacional.

§ 138. ***Admisión constitucional del derecho internacional.*** La fórmula corriente es aceptar que "las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional tendrán validez como parte integrante del ordenamiento federal" (Const. de Austria, art. 9°).

Este reconocimiento es importante porque implica consentir constitucionalmente tanto al derecho internacional *convencional*, derivado de tratados, como al derecho internacional *consuetudinario*; y al derecho internacional *ordinario* como al *ius cogens*, o derecho internacional *superior* o *imperativo*, que es obligatorio para todos los Estados (entre sus normas, cabe citar los principios de *pacta sunt servanda* y la condena de la guerra de agresión).

§ 139. ***Cotización constitucional de los tratados. El tratado como ley.*** – Determinadas constituciones equiparan los tratados internacionales a una ley común del Estado. En otros países eso pasa por vía de jurisprudencia (Estados Unidos de América). Ello importa que el tratado deroga a las leyes preexistentes, pero que, a su vez, puede ser derogado por una ley posterior.

§ 140. ***El tratado, superior a la ley, pero inferior a la constitución.*** – Esta tesis está auspiciada por varias constituciones modernas (Costa Rica, art. 7°; Honduras, art. 18).

En tal supuesto, el tratado se halla en un escalón intermedio entre la constitución y la ley.

En rigor de verdad, en estos países, la ley contraria al tratado es simplemente inconstitucional.

§ 141. ***Supremacía del tratado sobre la constitución. Distintas alternativas.*** – Por diversos conductos se plantea un tema

acuciante y de enorme trascendencia: el de la superioridad de un tratado internacional sobre una constitución nacional.

a) *Doctrina de la "buena fe" y del "pacta sunt servanda".* Una posición parte del siguiente supuesto: si un país celebra un tratado, el principio internacionalista de *ius cogens* que le exige observarlo (*pacta sunt servanda*), como el de *buena fe* en las relaciones internacionales le impide modificar o abolir ese tratado, so pretexto de una reforma constitucional. Todo cambio de la constitución, pues, debería respetar los tratados en vigencia.

b) *Doctrina de la armonía.* Cierta tesis permite que el derecho internacional vaya modificando cláusulas de la constitución vigente.

Por ejemplo, partiendo del art. 10 de la Const. española, que indica que las normas relativas a derechos y libertades fundamentales de la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. El Tribunal Constitucional español ha entendido que esto implica que los derechos constitucionales pueden expandirse según las pautas del derecho internacional.

Para otros, si un país reconoce en su constitución al derecho internacional (al estilo del art. 25, Const. alemana), esto quiere decir que ella misma está aceptando que sus cláusulas puedan afectarse en función de las reglas de derecho internacional indiscutiblemente aceptadas por la comunidad internacional.

c) *Admisión constitucional expresa.* El caso paradigmático ha sido el art. 63 de la Const. holandesa, según la reforma de 1953. Esta cláusula disponía primero que un tratado podía apartarse de la Constitución, aunque en tal caso la aprobación de las cámaras debía ser expresa y con los dos tercios de votos.

d) *Transferencia de competencias nacionales a organismos supranacionales.* Diversas constituciones contemplan la posibilidad de delegar o ceder a organismos internacionales y supranacionales facultades que la constitución encomienda a los poderes locales, por vía de tratados (Luxemburgo, art. 49 bis), exigiéndose algunas veces una mayoría especial de votos en el parlamento (España, art. 93).

Si se autorizan tales transferencias, es evidente que cada traspaso puede significar una *modificación tácita de la constitución.*

En muchos de estos casos se discute la supremacía del *derecho comunitario* (el conjunto de normas que regula la creación y funcionamiento de las comunidades regionales supranacionales, y el derecho que éstas pueden, a su turno, sancionar). Cuando el tratado que erige tales organismos va contra la constitución, en algunos países se requiere la previa revisión de ésta (España, art. 95; Francia, art. 54).

§ 142. ***Problemática de los Estados federales.*** – En estas naciones existe un asunto complementario: la infracción a la constitución si en un tratado internacional –celebrado por el Estado nacional– se transfieren derechos de las provincias (cantones, países, etc.) a miembros de la federación.

Para prever situaciones de este tipo, algunas constituciones (Checoslovaquia de 1968, arts. 7° y 137; Yugoslavia de 1974, art. 271) exigían la intervención previa de las provincias o Estados locales del caso, en la celebración del tratado internacional. Otros países (Estados Unidos de América) utilizan en sus tratados la llamada *cláusula federal*, por la que hacen salvedad, al firmar el tratado, de los derechos de los Estados locales.

Pero de todos modos, si el tratado se suscribe y se lesionan derechos provinciales o de los Estados locales, cabe preguntarse sobre la suerte del tratado en cuestión. En principio, resulta inconstitucional. Sin embargo, la tesis de la *lealtad* o *fidelidad federal* (de uso, p.ej., en Alemania e Italia) indica que una provincia o Estado local debe respetar el tratado celebrado por la nación (aunque la misma tesis puntualiza que la nación no debe firmar documentos internacionales discriminatorios o abusivos para las provincias).

§ 143. ***Validez y eficacia de los tratados internacionales en la Convención de Viena sobre los Tratados.*** – Esta Convención, del año 1969 (vigente en la Argentina por ley 19.865), dispone como regla, en su art. 27, que un Estado "no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". El art. 46 añade que "el hecho de que el

consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma fundamental de su derecho interno".

§ 144. ***Recapitulación.*** – Es evidente, si se realiza un balance de las conexiones entre el derecho constitucional y el internacional, que el último tiende, por diversos caminos, a perfilarse como el prevaleciente y limitativo del poder constituyente interno (ver § 141). Excepto, desde luego, en ciertos supuestos.

Principios internacionalistas cada vez más fuertes (*bona fide, pacta sunt servanda, consuetudo sunt servanda*), van diseñando una nueva estructura de poder, en la cual el constitucionalismo nacional cede posiciones ante el internacional y el supranacional.

4) Derecho informal

§ 145. ***Introducción. Derecho consuetudinario constitucional y derecho repentino.*** – Bajo el título de *derecho informal* se hace referencia al derecho constitucional no oficialmente promulgado por el Estado o por los órganos habilitados por éste. Se integra con la *costumbre constitucional* (derecho constitucional consuetudinario) y con el derecho constitucional repentino.

El derecho informal tiene distintas graduaciones. Hay un derecho constitucional consuetudinario (y repentino) de la misma categoría de las normas formales de la constitución, vale decir, con supremacía constitucional (derecho constitucional *primario*), y otro de menor rango (derecho constitucional consuetudinario y repentino *secundario*), similar a las normas sin supremacía constitucional.

La importancia del derecho constitucional informal, en particular del consuetudinario, como fuente del derecho constitucional, es enorme, ya que, siendo la constitución formal generalmente escueta y, muchas veces, antigua (como la argentina), sus cláusulas son habitualmente complementadas y hasta sustituidas por normas emergentes de la costumbre constitucional.

§ 146. ***Derecho consuetudinario, prácticas y usos constitucionales.*** – Cabe diferenciar, por cierto, estos conceptos.

a) Las normas de derecho constitucional consuetudinario son reglas que requieren la conciencia de su imperatividad (*opinio iuris necessitatis*).

b) Por el contrario, las *prácticas* o *usos* constitucionales, pese a tener en común con la costumbre el hecho de ser conductas habituales en la vida constitucional, se diferencian de ésta por no conceptuarse socialmente como imperativos u obligatorios. Su cumplimiento, entonces, depende de la voluntad de quien ejecuta tales hábitos.

§ 147. ***Formación de la costumbre constitucional. Sus autores.*** – ¿Quién hace la costumbre? En casi todas las ramas del mundo jurídico, se enseña que el derecho consuetudinario es producto del comportamiento social colectivo.

En derecho constitucional, en cambio, la costumbre es producto de sus *operadores* específicos: quienes *actúan* la constitución (Poder Ejecutivo, legisladores, jueces). Habitualmente el pueblo no es protagonista jurídico del derecho constitucional, en los países con democracias básicamente *representantivas* donde, al decir de una constitución como la argentina, "no delibera ni gobierna" (art. 22).

§ 148. ***El tiempo. Diferencia entre costumbre y derecho repentino.*** – La doctrina clásica requiere *cuatro* elementos para que se forme una regla de derecho consuetudinario: *repetición* (multiplicidad de comportamientos idénticos o similares), *duración* (permanencia), *constancia* (sin interrupciones que la contradigan), y *conciencia de su obligatoriedad.*

Por tanto, pueden presentarse interesantes situaciones de *tránsito* entre el incumplimiento de una regla de la constitución formal, y la gestación de una norma de derecho constitucional consuetudinario opuesta a la regla formal de la constitución. Como la costumbre no se *promulga*, al estilo de una regla constitucional formal, obvio es que en muchos casos se susciten discusiones profundas acerca de su existencia.

El *derecho repentino* se caracteriza, a diferencia del consuetudinario, por no requerir tiempo para su formación. Nace de la

realidad, como la costumbre; pero aquí, el *precedente* pasa de inmediato (al reputárselo ejemplar y digno de seguimiento) a ser conceptuado como obligatorio. Una muestra de ello pudo ser la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que creó la acción de amparo, en el caso "Siri" (*Fallos*, 239:459), fallo que logró el aplauso social, y por sí solo fue suficiente para dar firmeza al amparo.

§ 149. ***Publicidad y prueba de la costumbre.*** – Se ha observado que la costumbre constitucional es intrínsecamente *pública*, al emerger de los operadores de la constitución (Verdú), de modo tal que no necesitaría prueba: bastaría alegarla, e incluso sería aplicable de oficio, rigiendo los principios de *iura novit curia* e *ignorantia iuris non excusat*.

Sin embargo, otro sector de la doctrina observa que ciertas costumbres constitucionales pueden no ser bien conocidas. En supuestos de esa índole se impone la prueba de la costumbre constitucional (Pizzorusso), e incluso es factible pensar en un debate sobre su vigencia y alcance.

§ 150. ***Tipos de costumbre: "secundum", "præter" y "contra constitutionem".*** – Como la costumbre general, la constitucional es de tres clases.

a) *"Secundum constitutionem"*. Llamada también *interpretativa* o *consuetudo iusta*, coincide con y desarrolla al derecho constitucional formal ("la costumbre es la mejor intérprete de las leyes", según el *Digesto* justinianeo).

b) *"Præter constitutionem"*. Denominada *innovativa* o *introductiva*, porque *añade* a la constitución formal otras reglas de igual categoría; su campo de operaciones es evidente cuando cubre lagunas constitucionales (llenando así los vacíos de la constitución), aunque también funciona cuando agrega cláusulas a una constitución añeja, para modernizarla y adaptarla a los nuevos tiempos.

Tal vez, el ejemplo más notorio de esta costumbre ha sido el control judicial de constitucionalidad de las leyes, no previsto en la constitución formal de los Estados Unidos de América, pero injertado por la jurisprudencia de su Corte Suprema.

c) *"Contra constitutionem"*. Desde luego, la más discutida, es la que se opone a un precepto o a algún valor de la constitución formal. Opera *derogando* a una norma o valor formal (costumbre abrogatoria o *desuetudo*), *añadiendo* un precepto o principio hasta entonces inconstitucional, o *falseando* el cumplimiento de una cláusula o valor de la constitución oficial.

En materia del derecho constitucional consuetudinario *contra constitutionem* corresponde advertir que muchas de sus normas se forman por el alzamiento de las normas inferiores a la constitución, contra ésta.

§ 151. ***Valor del derecho informal.*** – Es raro que la constitución admita la costumbre constitucional, y menos cuando va contra ella.

En tiempos más modernos, la costumbre ha sido rechazada por concepciones autoritarias y totalitarias que encuentran en el derecho informal, algunas veces, un tope a la producción de las normas elaboradas por el Estado.

Finalmente, en doctrinas formalistas y positivistas, la costumbre no es bien vista porque se perfila como una suerte de competencia rival frente a la potestad legisferante oficial.

§ 152. ***Enfoque legal-formalista.*** – Respecto de esta posición, "los términos constitución y costumbre son incompatibles", ya que, de admitirse el vigor de la segunda, la primera perdería supremacía (Carré de Malberg).

§ 153. ***Enfoque fáctico.*** – Desde este ángulo, por supuesto, la costumbre vale como dato concluyente de la realidad jurídica, independientemente de lo que diga la constitución formal. Según Jellinek, una cosa es indudable: que las constituciones rígidas escritas no pueden impedir que se desenvuelva *junto* a ellas y *contra* ellas un derecho constitucional no escrito. Kelsen añade: "Una norma puede ser derogada consuetudinariamente, por una costumbre contraria a ella, así como puede ser creada por otra costumbre".

§ 154. ***Evaluación. Rol constituyente de la costumbre.*** – Para resolver el problema de las relaciones entre el derecho consti-

tucional formal y el informal, el jurista debe advertir que las reglas del derecho consuetudinario y del repentino son, *también*, reglas jurídicas (Hauriou, Pizzorusso), y una muestra concluyente del *poder normativo de lo fáctico* (Jellinek); o, si se prefiere, un ejemplo de la *creación social del derecho* (García Pelayo).

El conflicto entre el derecho constitucional formal y el informal se va a definir en el ámbito fáctico o existencial del derecho constitucional. Allí se verá si, en definitiva, funcionan los mecanismos de control de constitucionalidad, si ellos reprimen las violaciones a la constitución, si los hábitos terminan por conceptuarse como facultativos u obligatorios, etcétera. En consecuencia, cabe reconocer un verdadero *rol constituyente de la costumbre* (Prélot) cuando ella termina por consolidarse en un medio social.

§ 155. ***Derogación del derecho constitucional consuetudinario (y repentino).*** – Se pueden considerar las siguientes alternativas.

a) *Derogación del derecho informal por el propio derecho informal.* Desde luego, una norma de derecho consuetudinario puede ser reformada o extinguida por otra norma de igual carácter, o por una regla de derecho repentino (y viceversa).

b) *Derogación del derecho informal por el derecho formal.* Es factible que el constituyente formal intente, alguna vez, poner fin a o modificar una costumbre constitucional, por ejemplo, aboliéndola. También es imaginable una norma constitucional formal que anuncie su carácter de intocable por la costumbre.

El éxito de esa empresa es incierto. Buena parte de la doctrina juzga que una disposición normativa formal que establezca la inderogabilidad del derecho formal por parte del derecho consuetudinario, será inoperante, ya que quedaría derogada por una costumbre contraria (Goldschmidt).

§ 156. ***Legitimidad de la costumbre constitucional.*** – El argumento de la eficacia advierte que la costumbre constitucional tiene justificación como acto de sinceramiento y de realismo, ya que muestra al derecho constitucional como efectivamente es.

En rigor de verdad, la costumbre constitucional (y el derecho repentino) pueden ser *legítimos* o *ilegítimos*, según entronicen normas justas o injustas. Ejemplo de lo primero puede ser, en la Argentina, y antes de la reforma de 1994, la derogación de la atribución del Congreso y del presidente de expedir patentes de corso; y de lo segundo, aceptar las leyes secretas, actualmente hechas públicas por ley 26.134.

Además, la costumbre *contra constitutionem*, en principio, huele mal, ya que atenta contra los valores *orden* y *seguridad*; salvo, por supuesto, que se esté afectando una cláusula constitucional formal injusta.

De todos modos, si el derecho consuetudinario constitucional consagra una norma ilegítima, o deroga una norma constitucional (formal) justa, es preciso, en homenaje al valor *verdad*, reconocer tal mutación y denunciarla. Si la norma consuetudinaria es gravemente injusta, es factible inaplicarla, reputándola como *laguna axiológica* (ver § 55).

5) Normas extranjeras

§ 157. ***Derecho extranjero y comparado.*** – Prácticamente ninguna constitución admite en su texto normas de derecho extranjero como fuente del derecho constitucional de su país. Sí hay constituciones que señalan, como fuente del derecho constitucional local, a ciertas reglas de derecho internacional.

§ 158. ***La normativa extranjera y la "heterointegración".*** De todos modos, el recurso al derecho extranjero y comparado no es descartable en el derecho constitucional, en particular para cubrir las lagunas constitucionales, es decir, en el proceso de integración de la norma constitucional faltante (ver § 57), en el proceso llamado de *heterointegración*.

§ 159. ***Semejanza con constituciones extranjeras.*** – Una situación particular se presenta cuando un país ha sancionado una constitución que guarda gran semejanza con la de otra nación. Existe, en tal caso, la inclinación de interpretar la constitución *imitante* con las pautas normativas y jurisprudenciales de la constitución *imitada* (en la Argentina, p.ej., ello ha ocurrido con respecto a la Constitución de los Estados Unidos de América).

6) Derecho natural

§ 160. ***Derecho natural y derecho constitucional.*** – Para las posiciones iusnaturalistas, el derecho natural es fuente del ordenamiento jurídico, y prevalece sobre el derecho positivo. Para las corrientes positivistas, no.

§ 161. ***La cuestión en nuestro país.*** – En ciertos casos, la Constitución resuelve el problema, por ejemplo, el art. 33, al enunciar que existen derechos *tácitos* (o no enumerados), además de los *expresos* mencionados en el texto constitucional, está refiriéndose (según la voluntad de los constituyentes de 1860) a los *derechos naturales* de los hombres, pueblos y sociedades, previos a cualquier constitución positiva, y que ninguna de éstas podría desconocer. Esto importa una *constitucionalización* positiva del derecho natural, que está incorporado así a nuestra Constitución nacional.

7) Principios de derecho

§ 162. ***De derecho positivo emergentes de la propia constitución.*** – Cabe diferenciar distintas especies de principios de derecho como fuentes del derecho constitucional. Algunos están descriptos en la constitución, enunciados muchas veces en sus preámbulos (p.ej., en la de Honduras de 1982, se incluye: justicia social, justicia, libertad, seguridad, estabilidad, pluralismo, paz, democracia representativa, bien común, realización del hombre).

§ 163. ***Basados en normas legislativas.*** – Por ejemplo, los "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República", según el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, reiterados por la de 1958, y que quedan en tal caso *constitucionalizados*.

§ 164. ***Generales del derecho.*** – Naturalmente rigen también en el derecho constitucional.

§ 165. ***Específicos del derecho constitucional.*** – Éstos son los referidos a supremacía, funcionalidad, principalidad, etc. (sobre el tema ver § 17).

§ 166. ***Del derecho internacional.*** – Mencionados por algunas constituciones (p.ej., la de Guatemala, art. 149).

El valor de todos estos principios como fuente del derecho constitucional es significativo, tanto como pautas de *interpretación* de normas constitucionales, como de *fuente* misma de éstas, en particular en el proceso de *integración* normativo, ante las lagunas constitucionales (ver § 57).

8) Doctrina

§ 167. ***Fuente del derecho constitucional.*** – Generalmente se concibe a la doctrina jurídica como *fuente del conocimiento* de las normas, en el sentido que explica, desarrolla, critica y expone científicamente el orden jurídico constitucional.

Sin perjuicio de que eso sea cierto, también es verdad que la doctrina opera como *fuente real* de normas constitucionales, en cuanto contribuye a producirlas. Cierta doctrina ha inspirado al constituyente en la elaboración de la constitución oficial (piénsese, en tal sentido, en Alberdi y sus *Bases*, que diseñan muchos tramos de la Constitución argentina, y otra doctrina, no menos significativa, ha incidido en la elaboración de nuevas normas de derecho constitucional consuetudinario, por ejemplo, mediante la creación jurisprudencial, como, en nuestro país, el caso de la acción de amparo).

§ 168. ***Casuística.*** – Temas como la ampliación de la acción declarativa para asuntos de constitucionalidad; del control judicial de razonabilidad de los actos del Poder Ejecutivo durante el estado de sitio; de la declaración de oficio, de inconstitucionalidad y de la inconstitucionalidad por omisión, son muestra de avances doctrinales que han repercutido en el ámbito judicial y legislativo, o que van erosionando anacrónicas posturas tribunalicias y normativas.

9) Derecho judicial

§ 169. ***El valor de los fallos de la magistratura constitucional.*** – Es distinto el peso jurídico que tienen las sentencias de los jueces en un sistema *difuso* o en uno *concentrado* de control de constitucionalidad.

En el primero (ver § 175), cualquier juez puede conocer y decidir en temas de constitucionalidad. Es obvio, aquí, que la importancia de un pronunciamiento judicial depende de la *calidad* de la resolución, pero asimismo de la *posición jurídica* que ocupe el tribunal. Un fallo de órgano de segunda instancia "vale" casi siempre más que uno de primera, y menos que la resolución de uno de tercera instancia. Obviamente, los pronunciamientos más definitorios son los de la corte suprema del país en cuestión; sentencias que aunque en principio sólo se apliquen al caso concreto, son habitualmente seguidas por los tribunales inferiores, ya por la doctrina del *stare decisis* (valor del precedente), ya por la doctrina del "valor moral" o del "valor institucional" de los fallos de una corte suprema.

En los países con control *concentrado* de constitucionalidad (ver § 176), las sentencias del tribunal constitucional son fuente decisiva del derecho constitucional, ya que, incluso, pueden llegar a derogar a la norma reputada inconstitucional.

§ 170. ***Características de sus resoluciones.*** – En ambos sistemas, los fallos de una corte suprema o de un tribunal constitucional producen los siguientes efectos.

a) Ejercen un *poder político*, y son *poder político*, tanto como el Ejecutivo y el Legislativo ("Ríos y otros", *Fallos*, 1:36; y "Municipalidad de Buenos Aires", *Fallos*, 33:162). Poder *político* no significa, desde luego, poder *partidista.*

b) Cualquiera de aquellos tribunales máximos es, en definitiva, el "intérprete final de la Constitución" ("Recchia de Schedan", *Fallos*, 305:504). Esto significa –como se cita en el fallo, en palabras de Hughes– que "la Constitución es lo que los jueces dicen que es".

c) En su tarea, *interpretan* la constitución (esto es, *determinan* su sentido), lo que implica elegir, entre las opciones que brinda la constitución, una de ellas y desechar a las restantes; o balancean los valores de la constitución, dando prevalecencia a unos sobre otros, mediante el *clearing* de esos valores; cubren sus lagunas, mediante la *integración*; actúan como *árbitros del proceso político*, dirimiendo los conflictos entre los poderes del Estado. En la Argentina, esto ocurre por interpretación extensiva del art. 24, inc. 7°, de la ley orgánica del Poder Judicial (decr. ley 1285/58 y sus modificatorias).

Por lo demás, si lo resuelto por el último órgano jurisdiccional de control de la constitucionalidad es *irrevisible*, lo que él decida es formalmente *constitucional* (ya que no puede ser jurídicamente recurrido), aunque *materialmente* haya infracción a la constitución (a esto lo llama Kelsen la *habilitación* de una respuesta jurídica contraria a la constitución, como resultado de la propia constitución).

En definitiva, es imposible desconocer el rol constituyente que practica una corte suprema que ejercite control de constitucionalidad (Miller), por lo cual en los Estados Unidos de América se considera que ésta es una suerte de convención constituyente en sesión permanente (Vanossi).

Capítulo V

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

§ 171. *Introducción.* – Poco vale el principio de supremacía constitucional (ver § 17, d) si no se planifica un aparato de control de esa supremacía. Esto es, una *magistratura constitucional*, que opere como órgano de control, y *procesos constitucionales*, mediante los cuales pueda efectivizarse realmente la superioridad de la constitución, cuando es infringida por normas, omisiones y actos de los poderes constituidos o de los particulares.

La importancia de este tema ha hecho nacer una nueva disciplina, el *derecho procesal constitucional*, que precisamente se ocupa de la magistratura constitucional y de los procesos constitucionales.

§ 172. *Condiciones.* – Un sistema completo de control de constitucionalidad requiere varios ingredientes: *a*) una constitución rígida; *b*) un órgano de control independiente del órgano controlado; *c*) facultades decisorias del órgano de control; *d*) derecho de los perjudicados a reclamar e impulsar el control, y *e*) sometimiento de todo el mundo jurídico al control.

§ 173. *Clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad.* – En el derecho comparado cohabitan regímenes muy diversos, conforme indicamos en el cuadro sinóptico de página siguiente, que desarrollamos a continuación por cada sistema.

SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En función de su admisión	Positivos	Completos	
		Incompletos	
	Negativos	Expresos	
		Implícitos	
En función del órgano de control	Por su dependencia institucional	Judiciales (o con fisonomía judicial)	comunes (difusos, concentrados)
			especializados
			mixtos
		No judiciales	parlamentarios
			ejecutivos
			electorales
		Nacionales	órganos *sui generis*
		Internacionales	
	Por su composición	Letrados	
		Legos	
		Mixtos	
	Por su duración	Permanentes	
		Ad hoc	
En función del procedimiento de control	Por el momento	Preventivo	
		Reparador	
		Mixto	
	Por el modo de articularlo	Como acción	
		Como excepción	
	Por la forma de tramitarlo	Condicionado	
		Incondicionado	
	En razón de los sujetos que lo impulsan	Restringido	
		Amplio	
		Amplísimo	
		Automático	
En función del radio de acción	Por la cobertura del control	Total	
		Parcial	
	Por la naturaleza del acto controlado	Actos	
		Omisiones	
En función del efecto	No decisorio		
	Decisorio	Para el caso concreto	
		Erga omnes	
		Intermedios	

§ 174. ***En función de la admisión del control: sistemas "positivos" (completos e incompletos) y "negativos".*** – La mayoría de los países programa en su constitución de modo *explícito*, o admite *tácitamente*, mediante su derecho constitucional consuetudinario, algún régimen de control de constitucionalidad (método, pues, *positivo* de revisión). El sistema es *completo* si cubre las cinco condiciones que hemos descripto en el § 172, o *incompleto* si solamente satisface algunas de ellas. Normalmente, los Estados tienen sistemas *incompletos*.

Muy pocas naciones carecen de control de constitucionalidad (sistema *negativo*). Países como Francia, durante la Tercera República, Luxemburgo y el Vaticano son ejemplos de la casi inexistencia de tal mecanismo de examen.

§ 175. ***En función de los órganos de control. Control judicial. Sistema del "control difuso".*** – En razón de *quien* controla, es decir, del órgano de control, pueden distinguirse tres variables: *sistemas judiciales* (o con fisonomía judicial); *no judiciales* (parlamentarios, ejecutivos, electorales, sui géneris), y *nacionales* o *internacionales*.

El modelo estadounidense propicia el *control judicial*, de tipo *difuso* o *desconcentrado*: cualquier juez puede evaluar la constitucionalidad de una norma o acto (y el efecto de su decisión, por lo común, se ciñe al caso concreto). Es un sistema *no especializado*, ya que el juez de la magistratura constitucional desempeña, al mismo tiempo, tareas de juez en lo civil, penal, laboral, etcétera.

Rige también en la República Argentina.

§ 176. ***Control judicial especializado: el "fuero constitucional".*** – Programado especialmente por Kelsen, se lo llama *sistema austríaco* por haberse implantado en la Constitución de tal país, en 1920. Propone un régimen *concentrado* de revisión de constitucionalidad, es decir, centralizado en un "tribunal constitucional" que opera como órgano extrapoder (fuera de los tres poderes clásicos). El plan de Kelsen parte de estos supuestos:

a) No hay control efectivo de constitucionalidad si el órgano de control no está habilitado para fallar con efectos generales (*erga omnes*) y hasta para derogar a la norma inconstitucional.

b) Eso importa un enorme poder político-institucional, que no puede confiarse al Poder Judicial clásico, sino a un cuerpo intermedio, situado a mitad de camino entre el viejo Poder Judicial y el parlamento.

c) El control de constitucionalidad exige un cuerpo especializado, a fin de garantizar una mayor capacitación entre sus miembros y una suerte de *mentalidad constitucionalista* al dictar sus sentencias.

La propuesta de Kelsen ha logrado enorme predicamento; países como Austria, Italia, España, Portugal y Alemania (aunque ubica al Tribunal Constitucional como órgano del Poder Judicial), han seguido tal plan.

Algunas naciones han concentrado el control de constitucionalidad en un órgano del Poder Judicial. Así, en la Corte Suprema de Justicia (Uruguay), o en una sala de la Corte Suprema (Costa Rica), llamada Sala Constitucional.

§ 177. ***Sistemas mixtos.*** – Pero otros países han instrumentado sistemas híbridos, compatibilizando las bases del sistema estadounidense con el austríaco (Perú, Grecia, Guatemala, etcétera).

La fórmula de armonización puede ser la siguiente: todo juez puede conocer en litigios de constitucionalidad (régimen estadounidense), tomando decisiones con valor para el caso concreto; pero ciertas acciones, que pueden promover sólo determinados sujetos (p.ej., el presidente o el fiscal general), se diligencian exclusivamente en el tribunal constitucional; y la sentencia de éste tiene efectos *erga omnes*.

En ciertos casos, determinados fallos de los jueces del Poder Judicial son revisados por el tribunal constitucional.

§ 178. ***Sistemas no judiciales. Control parlamentario.*** – En numerosos países, el control de constitucionalidad no está sometido a la judicatura. En algunos casos, se desconfía de ésta, por entendérsela demasiado conservadora. En otros, se impugna su carácter no popular (en el sentido de que sus miembros no tienen, por lo común, origen electoral).

En los países tributarios del constitucionalismo marxista-leninista, lo usual ha sido conferir el control de constitucionalidad al propio órgano que sanciona las leyes, es decir, al mismo Poder Legislativo.

En estos países, el control parlamentario se justifica, además, por la tesis del *centralismo democrático*; el órgano más representativo del pueblo (el Poder Legislativo) debe prevalecer sobre los demás.

En los países occidentales, el parlamento realiza también control de constitucionalidad cuando deroga una ley por reputarla inconstitucional (p.ej., así lo hizo en nuestro país al dictar la ley 23.040, que abolió la 22.924).

§ 179. ***Control ejecutivo.*** – En los países occidentales, el Poder Ejecutivo ejerce algunas veces control de constitucionalidad sobre el congreso mediante el *veto* (ya que uno de los motivos por el cual puede vetar una ley, cuando posee esa facultad, es por razones de inconstitucionalidad del proyecto de esa ley).

§ 180. ***Control por el electorado.*** – Un caso no habitual es el sistema de revisión de constitucionalidad por medio del cuerpo electoral. En los Estados Unidos de América fue instrumentado en la Constitución del Estado de Colorado. Si el Superior Tribunal del Estado declaraba inconstitucional una norma, el 5% del electorado tenía el derecho a que se sometiera a referéndum lo resuelto por el tribunal (esto se llamó *apelación popular de sentencias*).

§ 181. ***Control por órganos sui géneris.*** – A continuación veremos cuáles lo llevan a caso.

a) *Portugal. El Consejo de la Revolución.* Desde 1974 hasta 1982, la Const. portuguesa programó el Consejo de la Revolución, compuesto principalmente por el presidente de la República y oficiales de las fuerzas armadas, con facultad para evaluar la constitucionalidad de proyectos de ley y de leyes ya aprobadas.

b) *Irán. Consejo de los Custodios.* Insertado en la Const. de 1979, el Consejo de los Custodios (o de los Supervisores) está

formado por seis teólogos –nombrados por el guía, que en su momento fue el *ayatollah* Khomeini– y seis juristas musulmanes. Todo proyecto de ley debe ser previamente aprobado por dicho Consejo, que analiza primero su conformidad con los principios del Islam y además su conformidad con la Constitución.

c) *Francia. Consejo Constitucional.* Se integra con los ex presidentes de la República, y nueve miembros más: tres nombrados por el presidente de Francia, tres por el presidente del Senado y tres por el presidente de la Asamblea Nacional (Cámara de Diputados).

Ejerce un control preventivo de proyectos de ley. Las leyes sujetas a referéndum no están sometidas a dicha revisión, según criterio del Consejo Constitucional.

§ 182. ***Control nacional y control supranacional.*** – Diferentes convenios internacionales (Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos; tratados de Roma y Bruselas, etc.) han creado tribunales transnacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos; Corte de Justicia Europea, etc.), con la misión de tutelar el derecho comunitario, y cuyas sentencias definitivas son obligatorias para los Estados, quienes deben cumplirlas (arts. 67 y 68, Pacto de San José de Costa Rica).

En tal caso, si bien la misión de estos tribunales supranacionales es, fundamentalmente, aplicar el derecho transnacional y no el nacional, bien puede ocurrir que una misma facultad o garantía sea tratada por ambos ordenamientos jurídicos.

Por su parte, la jurisdicción transnacional está autorizada para revisar lo decidido por la Corte Suprema nacional, por ejemplo, sobre el concepto de libertad de cultos, y esto importa un control transnacional del derecho reconocido o enunciado en la constitución local (ver § 740, un caso de control sobre la Argentina).

§ 183. ***Órganos de control letrados, legos y mixtos.*** – Habitualmente los cuerpos de control judiciales son letrados; en algunos casos se requiere una alta calificación profesional (p.ej., España, art. 159, Const. de 1978) para integrar el tribunal constitucional. Pero algunas veces se admiten jueces legos, especialmente en los sistemas de control difuso, donde cualquier juez (incluso no abogado) puede revisar la constitucionalidad de una norma.

§ 184. ***Clasificación de los sistemas en razón del procedimiento de control. Según el momento: control preventivo, reparador y mixto.*** – Con relación al *momento* en que se practica el control de constitucionalidad, éste puede presentar diversas características.

a) *Preventivo.* Se lleva a cabo antes de que la norma sea tal; es decir, consiste en un control sobre proyectos. Hemos visto el caso de Francia, con el Consejo Constitucional (art. 62, Const. de 1958).

b) *Reparador.* Tiene lugar *después* de entrar en vigencia la norma controlada. Es el sistema clásico de Estados Unidos de América, España, Austria, Alemania, etcétera.

c) *Mixto.* Se puede practicar *antes* y *después* de que la norma se sancione. Una muestra, en tal sentido, es la Constitución de Irlanda: el control preventivo se concreta a iniciativa del presidente de la República, y queda a cargo del Tribunal Supremo, respecto de un proyecto de ley; y el reparador, también por el mismo tribunal, con relación a leyes en vigor.

§ 185. ***Según el modo de articular la impugnación de inconstitucionalidad: control abstracto y control concreto.*** – En el control judicial de constitucionalidad se divisan dos variables principales.

a) *Control abstracto.* Quien lo promueve puede no estar, necesariamente, involucrado en una relación jurídica específica donde se aplique la norma que él juzga inconstitucional. Esto pasa en algunas *acciones populares* y en ciertas *acciones declarativas puras* de inconstitucionalidad, articulables en el derecho comparado por determinados funcionarios (p.ej., presidente de la República, fiscal de la nación, un número determinado de legisladores, etc.; ver § 187).

b) *Control concreto*. Sólo está autorizado para impulsarlo quien tenga determinado interés (derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple, según los casos) afectado por la norma que califica como inconstitucional.

§ 186. ***Control condicionado e incondicionado.*** – El control *condicionado* se presenta cuando, para acceder al órgano de control de constitucionalidad, es necesario pasar previamente por un *órgano de preselección*, que decide si los autos se remiten o no al primero. El art. 94, inc. 2°, de la Const. de Alemania estatuye un sistema así.

En cambio, en el control *incondicionado*, el órgano de control no está subordinado al parecer de otro mecanismo anterior a él.

§ 187. ***Según los sujetos autorizados a impulsar el trámite: control restringido, amplio, amplísimo y automático.*** – En el control *restringido*, sólo determinados sujetos están habilitados para reclamar el funcionamiento del órgano de control de constitucionalidad. Un caso paradigmático puede ser Francia, donde –según el art. 61 de la Constitución– únicamente el presidente de la República, los presidentes de las cámaras del Parlamento, el primer ministro, y sesenta diputados o senadores están legitimados para actuar ante el Consejo Constitucional.

Países como Estados Unidos de América y la Argentina propician un control *amplio*: quien tenga un derecho subjetivo, o un interés legítimo vulnerados por una norma constitucional (según algunos, también si media interés simple, en ciertos casos), está habilitado para impetrar ante la justicia la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

El control *amplísimo* se da en las *acciones populares* (p.ej., art. 241 de la Const. de Colombia, el art. 295 de la Const. del Perú, respecto de ciertos reglamentos y decretos). En la Argentina, un caso parecido es la acción de hábeas corpus (art. 5°, ley 23.098), promovible por cualquier persona, aunque no fuese pariente ni apoderado del detenido.

El control *automático* ocurre, según Naranjo Mesa, cuando sin que nadie lo requiera, por mero imperativo constitucional, un

órgano está obligado a evaluar la constitucionalidad de una norma o acto.

§ 188. ***Según el radio de cobertura: total o parcial.*** – Un régimen *total* de control de constitucionalidad sometería a todas las normas y actos estatales al juicio de constitucionalidad que emita el órgano de control.

Sin embargo, será difícil hallar un caso de tipo total de control; normalmente hay áreas de la actividad del Estado exentas de él. Por ejemplo, normas que tratan las llamadas cuestiones políticas no justiciables (declaración de guerra, de estado de sitio).

§ 189. ***En función del efecto del control: sistemas no decisorios y decisorios. Inconstitucionalidades relativas y evolutivas.*** – En los sistemas no *decisorios*, el órgano de control de la constitucionalidad dicta pronunciamientos que no invalidan la norma reputada inconstitucional: emite un dictamen en tal sentido, pero transfiere la decisión definitiva a otro ente.

En cambio, en los sistemas *decisorios* lo resuelto por el órgano de control invalida a la norma inconstitucional, ya sólo para el *caso concreto* (los Estados Unidos de América, la Argentina, aunque hay excepciones, especialmente respecto de los fallos de la Corte Suprema, con eficacia más general), ya *erga omnes* (España, Italia).

Cuando el efecto de la "cosa juzgada constitucional" es *erga omnes*, la ley declarada inconstitucional es abolida o derogada. Cuando es *inter partes*, la norma es invalidada para el caso judicial concreto, pero persiste vigente; en otro expediente, el mismo tribunal puede reputarla constitucional.

El sistema estadounidense permite recepcionar mejor la doctrina de las *inconstitucionalidades relativas* y de las *inconstitucionalidades evolutivas*.

En el primer supuesto, puede ocurrir que una ley sea declarada inconstitucional en determinado proceso, pero que en otro no causa agravio a la constitución y que, por ende, no se la declare inconstitucional.

A su turno, las inconstitucionalidades evolutivas, o "sobrevivientes", cambian con el tiempo, según las variaciones en las creencias sociales y el contexto de vida. Por ejemplo, también en la Argentina, durante casi un siglo se reputó constitucional el régimen de la ley 2393, que solamente admitía el divorcio "no vincular" (sin posibilidad de contraer nuevo matrimonio). Sin embargo, a mediados de la década de los ochenta, la Corte Suprema entendió que esa prohibición lesionaba el derecho a casarse (que no tenía por qué restringirse a un solo matrimonio, se dijo), y de la dignidad humana (derecho a recomponer con otras nupcias la familia disuelta por un divorcio), motivo por el cual reputó inconstitucional a aquel precepto legal ("Sejean", *Fallos*, 308: 2268). Otro caso de inconstitucionalidad sobreviniente puede verse en "Itzcovich" (*Fallos*, 328:566).

§ 190. ***Sistemas retroactivos y no retroactivos.*** – En ciertos casos, la declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos (Perú, art. 300, Const. de 1979, respecto de los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales), mientras que en otros sí (Alemania). En nuestro país, la norma reputada inconstitucional por la justicia se considera como derecho no válido, *ex tunc*, con efecto retroactivo (CSJN, "SA Unión Cañeros Azucarera Villa Alberdi Ltda.", *Fallos*, 202:184).

§ 191. ***Sentencias constitucionales. Evaluación.*** – El pronunciamiento que haga un órgano de la jurisdicción constitucional ante un planteo de inconstitucionalidad, puede configurar una sentencia *estimatoria*, si lo acepta y fulmina de inconstitucionalidad a la norma, o una sentencia *desestimatoria*, si lo rechaza. Desde luego, la decisión puede ser *total* o *parcial*, según se invalide todo o parte de una norma.

La doctrina (Pizzorusso) habla de sentencias constitucionales de *estimación parcial* o *manipulativas*, cuando el pronunciamiento de inconstitucionalidad se refiere no estrictamente a una norma, sino a una *interpretación* dada a tal norma. Aquí se está *descartando*, por inconstitucional, *una* variable interpretativa.

A su turno, hay sentencias constitucionales *aditivas* o *acumulativas* cuando el juez de la magistratura constitucional infiere de

un texto constitucional, un precepto o directriz que reputa constitucional, o cuando cubre un vacío normativo de la constitución por medio de la integración (ver § 57); y sentencias *sustitutivas* cuando rechaza por inconstitucional una norma extraída por interpretación de un texto legal, e indica cuál es la norma compatible con la constitución que debe entenderse incluida en dicho texto.

En las sentencias *exhortativas*, se encomienda (generalmente al Poder Legislativo) cambiar a una norma, para tornarla compatible con la constitución.

Parte Segunda

ESTATUTO DEL PODER EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

CAPÍTULO VI

PROCESO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

§ 192. *ETAPAS.* – Es factible distinguir dos tramos principales en el constitucionalismo nacional argentino: el *período hispánico*, hasta 1810, y el *período patrio*.

A) PERÍODO HISPÁNICO

§ 193. *INSTITUCIONES PENINSULARES.* – El sistema político imperante en nuestro país, antes de su independencia, incluía organismos en la metrópoli (España) y en América.

En la Península, la autoridad máxima era el *rey*, quien en la cúspide del poder, toma el título de *majestad*, invoca un "poderío real absoluto", y se autopresenta como "*soberano señor non reconosciente superior en lo temporal*".

El organigrama constitucional, respecto de América, se completaba con el Consejo de Indias (desde 1524), cuerpo con importantes atribuciones de asesoramiento al rey, legislativas y judiciales; la Casa de Contratación de Indias, con competencias en materia mercantil, impositiva y judicial en ciertos asuntos; y la Junta de Guerra de Indias, en temas militares.

§ 194. *ORGANISMOS EN AMÉRICA.* – Superada la figura inicial del *adelantado*, que tenía facultades ejecutivas, judiciales y militares, la autoridad principal en cada virreinato (uno de los cuales fue

el del Río de la Plata, creado en 1776) era el *virrey*, a cargo de lo que actualmente sería el Poder Ejecutivo. Presidía también las *audiencias* (máxima autoridad judicial), pero sin voto.

Bajo las órdenes del virrey, actuaban los *gobernadores* e *intendentes*.

En la esfera judicial, operaron los *alcaldes* y *jueces reales*, en primera instancia; y en segunda, las *audiencias* (algunos de cuyos fallos eran apelables ante el Consejo de Indias, sito en España). Hubo igualmente tribunales especializados.

En el ámbito provincial y municipal, los cabildos tuvieron gran significación. Cumplieron funciones de administración comunal, registral y electoral, además de judiciales, por medio de los citados alcaldes, de cuyas resoluciones se apelaba, según los casos, al propio cabildo o a la audiencia.

§ 195. ***Evaluación.*** – Como puede advertirse, el organigrama de poder era rudimentario y sin una distinción nítida de competencias. Tanto en España como en América, los órganos del poder desempeñaban funciones ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales, muchas veces entremezcladas.

B) Período patrio

§ 196. ***Tramos fundamentales.*** – A partir del 25 de mayo de 1810, fecha en que cesa la autoridad virreinal y asume la Primera Junta de gobierno en la ciudad de Buenos Aires, se suceden distintas formas de gobierno y diferentes documentos de tipo constitucional. Es factible distinguir, desde entonces, tres subperíodos principales: *a*) *constitucionalismo precario y transitorio* (1810-1831); *b*) *constitucionalismo inorgánico*, o de la Confederación Argentina (1831-1852), y *c*) *constitucionalismo orgánico* (a partir de la Constitución de 1853).

1) Constitucionalismo precario y transitorio

§ 197. ***Notas principales.*** – Entre 1810 y 1831, la Argentina atraviesa una etapa de inestabilidad y disgregación.

Los instrumentos constitucionales son, primero, incompletos y embrionarios, y a menudo transitorios. Después, al perfeccionarse técnicamente, carecen por lo común de eficacia y cumplimiento.

§ 198. ***La Primera Junta y sus reglamentos.*** – La Junta de Gobierno que asumió el 25 de mayo de 1810 fue de tipo *colegiado* (la integraron un presidente, seis vocales y dos secretarios), con atribuciones sustancialmente ejecutivas. Se reguló principalmente por dos documentos: el Reglamento de gobierno, del 25 de mayo, dictado por el Cabildo, y el Reglamento del 28 de mayo, sancionado por la propia Junta.

El aparato del Poder estuvo formado en tal momento por tres órganos básicos: la Junta de Gobierno, el Cabildo de Buenos Aires y la Real Audiencia.

§ 199. ***Proyecto (o traducción) constitucional de Mariano Moreno.*** – El secretario de la Junta, Mariano Moreno, elaboró una traducción de la Const. estadounidense de 1787, a la cual introdujo algunas modificaciones en la numeración y contenido. Ciertos autores (Durnhoffer), ven en ese estudio una suerte de proyecto constitucional.

§ 200. ***Junta Grande (o Conservadora).*** – El 18 de diciembre de 1810, la Primera Junta interpreta el Reglamento del 25 de mayo y resuelve que deben incorporarse a ella los diputados del interior. Cuando se amplía el número de sus integrantes, que llega a ser veintidós, pasa a llamarse, en 1811, Junta Conservadora (de los derechos de Fernando VII) y, vulgarmente, Segunda Junta o Junta Grande.

§ 201. ***Reglamento sobre la libertad de imprenta.*** – Este documento interesa como una de las primeras piezas institucionales en favor de un nuevo estilo político (el liberalismo). La Junta Grande lo adoptó el 20 de abril de 1811.

§ 202. ***Creación del Triunvirato.*** – Por decreto de la Junta Grande, del 23 de septiembre de 1811, se creó un Poder Ejecutivo tripartito, "bajo las reglas o modificaciones que deberá establecer la Corporación o Junta Conservadora".

§ 203. ***Reglamento de la división de los poderes (1811).*** – Lo sancionó la Junta Grande el 22 de octubre de 1811, a pedido del Triunvirato. Para algunos, "es la primera constitución del pueblo argentino" (López Rosas).

El Reglamento tenía tres secciones. La primera se dedicó a la Junta Conservadora. La sección segunda, que trataba del Poder Ejecutivo, confirmaba al Triunvirato. La tercera se refería al Poder Judicial, al que declaraba independiente.

§ 204. ***Disolución de la Junta Grande.*** – Fue abolida (inconstitucionalmente, desde luego) por el Triunvirato, aliado con el Cabildo de la ciudad de Buenos Aires (7 de noviembre de 1811). Fue, tal vez, el primer golpe de Estado argentino.

§ 205. ***Estatuto Provisional del Gobierno Superior de las Provincias Unidas del Río de la Plata (1811).*** – Lo sancionó el Primer Triunvirato el 22 de noviembre de 1811, "a nombre del Señor don Fernando VII".

Preveía varios órganos: el *Gobierno*, desempeñado por el Triunvirato, la *Asamblea General*, formada por el Cabildo de Buenos Aires, las representaciones que nombren los pueblos (actualmente provincias), y "un número considerable de ciudadanos elegidos por el vecindario de esta capital" y los *tribunales*.

§ 206. ***Decretos sobre libertad de imprenta y seguridad individual.*** – El primero, dictado por el Triunvirato el 26 de octubre de 1811, sigue los lineamientos del anterior.

El segundo, pronunciado el 25 de noviembre de 1811, enunciaba derechos que se insertaron después en la Constitución de 1853: no ser penado sin juicio previo y sentencia legal (art. 1°), inviolabilidad del domicilio (art. 4°), derecho al debido trato en las prisiones, etcétera.

§ 207. ***Constitución de Cádiz.*** – Este documento, jurado el 19 de marzo de 1812 en aquella ciudad española, no tuvo aplicación en la Argentina. No obstante, incluía a las "Provincias del Río de la Plata" en el territorio español (art. 10), donde debía formalmente regir (la Argentina todavía no había proclamado su independencia).

Por lo demás, algunas de sus cláusulas se recibirán luego en el constitucionalismo nacional.

§ 208. ***Revolución del 8 de octubre de 1812. Segundo Triunvirato.*** – En esa fecha, el Cabildo de Buenos Aires disolvió el Primer Triunvirato, y nombró, en contravención al *Estatuto Provisional* vigente, a los miembros del Segundo Triunvirato, consumándose así el segundo golpe de Estado desde la instalación de los gobiernos patrios.

El Segundo Triunvirato, autocalificándose como provisorio, convocó el 24 de octubre de 1812 a una asamblea general.

§ 209. ***Asamblea General Constituyente de 1813. Obra institucional.*** – El cuerpo comenzó a sesionar el 31 de enero de 1813, en Buenos Aires. Su primera decisión fue asumir la "representación y ejercicio de la *soberanía* de las Provincias Unidas del Río de la Plata", y tomar el título de *Soberano Señor*, medidas que implicaron, tácitamente, una declaración de independencia. Posteriormente, la Asamblea se autodefinió *General* y *Constituyente*, aunque no dictó constitución alguna.

a) *El estatuto del Poder Ejecutivo delegado.* Dictado el 27 de febrero de 1813, reiteraba un Poder Ejecutivo tripartito.

b) *Leyes constitucionales.* Dictó normas importantísimas, como las de supresión de títulos nobiliarios, de eliminación del mayorazgo y de libertad de vientres; abolición del tormento; adopción del Himno Nacional; acuñación de moneda propia; organización del Poder Judicial, etcétera.

c) *Creación del Directorio.* El 22 de enero de 1814, la Asamblea transformó el Poder Ejecutivo tripartito en uno unipersonal: el *Directorio*, mediante el *Reglamento* del 26 de enero de ese año.

§ 210. ***Proyectos constitucionales.*** – Durante la gestión de la Asamblea se suscitaron diversas iniciativas de constitución.

a) *Proyecto de la Comisión Oficial.* De tipo unitario, programó un Poder Ejecutivo colegiado. El Poder Legislativo era bica-

meral. En lo relacionado con el Poder Judicial, éste tenía como cúpula una Suprema Corte de Justicia.

b) *Proyecto de la Sociedad Patriótica.* Seguía, como el anterior, pautas de las constituciones de Cádiz y de Estados Unidos de América, y adoptaba, igualmente, un estilo unitario. Diseñaba un Poder Ejecutivo unipersonal con un presidente, elegido popularmente.

c) *Proyecto anónimo (o "de la Asamblea Constituyente", según Seco Villalba).* Repite el esquema de división de poderes, con un ejecutivo colegiado un legislativo bicameral (Sala de Representantes y Senado), y un judicial presidido por un Supremo Tribunal de Justicia. Su fisonomía era unitaria.

d) *Proyecto federal.* Elaborado, tal vez, por el diputado uruguayo Cardozo, seguía las instrucciones artiguistas a los diputados de la Banda Oriental. Contemplaba un Poder Ejecutivo desempeñado por un presidente.

El Poder Legislativo tenía dos cámaras, la Sala de Representantes y el Senado. El Poder Judicial era regulado por cada provincia, aunque se preveía una Corte de las Provincias Unidas.

§ 211. ***Disolución de la Asamblea de 1813. Nueva estructura estatal.*** – A raíz de la sublevación de Fontezuelas (3 de abril de 1815), el 18 de ese mes el Cabildo de Buenos Aires dictó un *bando* y reasumió "la autoridad soberana del pueblo". Hasta el 5 de mayo de 1815, el nuevo organigrama de poder –diseñado por el Cabildo– fue el siguiente: *a*) el Cabildo de Buenos Aires, tácitamente con facultades constituyentes; *b*) el director provisional, que ejercería el "Supremo Poder Ejecutivo", hasta la reunión de un Congreso General de las Provincias, se elegía por los ciudadanos de Buenos Aires, en segundo grado, y *c*) la Junta de Observación, nombrada por el Cabildo y ciertos electores, que debía elaborar un nuevo Estatuto Provisional.

§ 212. ***Estatuto Provisional para Dirección y Administración del Estado (1815).*** – Dictado por la Junta de Observación el 5 de mayo de ese año, es, para Longhi, "el primer cuerpo que reviste las características internas y externas de una verdadera constitución".

La primera sección –"El hombre en la sociedad"– describe los derechos personales. En materia de poder, el esquema es también tripartito. Hay un Poder Legislativo que debía ejercerlo una Junta de Observación de cinco miembros, "para los objetos necesarios y urgentes". El Poder Ejecutivo era asumido por el director del Estado, y el Poder Judicial tenía tres órdenes: el Tribunal de Recursos Extraordinarios de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria; cámaras de apelaciones, y juzgados inferiores.

De índole unitaria, fue rechazado por varias provincias (Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, Córdoba), y otras lo aceptaron sólo en cuanto preveía la realización de un congreso constituyente en la ciudad de Tucumán.

§ 213. ***Congreso de Tucumán. Declaración de la Independencia.*** – Esta significativa asamblea comenzó sus sesiones en dicha ciudad, el 24 de marzo de 1816. No tuvo representantes de Santa Fe, Entre Ríos ni Corrientes. Se declaró representante de la soberanía nacional e hizo tres constituciones: las de 1816, 1817 y 1819. El 9 de julio de 1816 proclamó la independencia "de las Provincias Unidas de la América del Sud".

§ 214. ***Estatuto Provisional de 1816.*** – Esta constitución no tuvo sanción definitiva, ya que si bien la aprobó el Congreso el 22 de noviembre de 1816, el director supremo –Pueyrredón– la observó, y en definitiva quedó superada por el Reglamento Provisorio del 3 de diciembre de 1817.

§ 215. ***Traslado del Congreso Constituyente a Buenos Aires. Reglamento Provisorio del 3 de diciembre de 1817.*** – A partir del 12 de mayo de 1817, el Congreso pasó a sesionar en Buenos Aires. Durante los días 2 y 3 de diciembre aprobó un Reglamento Provisorio que fue mandado cumplir por decreto del 5 de enero de 1818. Muy similar al Estatuto Provisional de 1815, eliminó, sin embargo, a la Junta de Observación.

§ 216. ***Constitución de las Provincias Unidas de Sudamérica (1819).*** – Sancionada el 22 de abril de ese año por el Congre-

so General Constituyente, reunido en Buenos Aires, esta Constitución (la primera que adopta formalmente ese nombre) instaura un régimen mixto, con ingredientes monárquicos en el Poder Ejecutivo, aristocráticos en el Senado y democráticos en la Cámara de Diputados, como expresamente reconoció la comisión redactora.

Reconocía a la católica como religión del Estado. La estructura de poder erigía primero al Poder Legislativo, formado por un *Congreso nacional* integrado por dos cámaras: la de *Representantes* y la de *Senadores*. El "Supremo Poder Ejecutivo" estaba a cargo de un director del Estado, y el Poder Judicial, presidido por una Alta Corte de Justicia. Existía una sección especial, la quinta, sobre "Declaración de derechos".

De conformación unitaria, las provincias no aparecían como estructuras jurídicas autónomas. Fue jurada por el director supremo, pero nunca "en todo el territorio del Estado", según lo exigía su art. CXXXVI.

§ 217. ***Disolución del Gobierno nacional.*** – A raíz de la batalla de Cepeda (1º de febrero de 1820), con el triunfo de las fuerzas federales, el Congreso General es disuelto el 11 de febrero, fecha en la que también concluye el Directorio, por renuncia del general Rondeau. En esta última fecha, el Cabildo de Buenos Aires reasumió "el mando universal de esta ciudad y su provincia".

Esto importó la extinción del Gobierno nacional. Sin embargo, a partir de entonces no se produjeron movimientos separatistas, y las provincias, aún fuertemente autónomas, continuaron integrando una suerte de estructura informe: las Provincias Unidas del Río de la Plata. Una serie de pactos interprovinciales robusteció tal organización jurídico-política.

§ 218. ***Tratados del Pilar y de Benegas. Congreso de Córdoba.*** – El Tratado del Pilar, del 23 de febrero de 1820, fue suscripto por los gobernadores de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos.

Reconoce que existe una "Nación", cuyo sistema de gobierno debe ser la "federación", "que de hecho admiten las provincias firmantes". Éstas invitan a las demás a reunirse en una asamblea, a fin de organizar un gobierno central.

Poco después, el Tratado de Benegas, elaborado entre Santa Fe y Buenos Aires el 24 de noviembre de 1820, insistió en la realización de un "próximo Congreso nacional", que se llevaría a cabo en la ciudad de Córdoba. Esta convención sólo tuvo reuniones preliminares.

§ 219. ***Tratado del Cuadrilátero. Instalación del Congreso General.*** – Firmado entre Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes, el 25 de enero de 1822, reiteró la posibilidad de instalar "el Congreso General". A partir del 6 de diciembre de 1824 se reunió en sesiones preparatorias, el Congreso en Buenos Aires, ciudad donde funcionó hasta el 18 de agosto de 1827.

§ 220. ***"Leyes fundamentales" del Congreso Constituyente.*** – Antes de sancionar la Constitución de 1826, el Congreso dictó algunas leyes de especial importancia: *a*) la "ley fundamental" (23 de enero de 1825), que ratificó la unión existente entre todas las provincias, y declaró *constituyente* al Congreso; *b*) la ley de presidencia (6 de febrero de 1826), que creó el Poder Ejecutivo nacional permanente, bajo el título de "Presidente de las Provincias Unidas del Río de la Plata", y *c*) la ley de capitalización (4 de marzo de 1826), que dividió a la provincia de Buenos Aires en dos partes, y declaró a una de ellas (la ciudad de Buenos Aires) como capital de la República.

§ 221. ***Constitución de la República Argentina (1826).*** – El 24 de diciembre de 1826 quedó sancionada la "Constitución de la República Argentina", inspirada, como expresamente reconocía la comisión redactora, en la de 1819. Técnicamente avanzada, sus cláusulas han incidido decisivamente en la Constitución de 1853.

Respondía al liberalismo individualista de la época. Edificaba un régimen unitario, con un poder nacional tripartito: el Poder Legislativo (llamado Congreso), se formaba con las cámaras de *Representantes* y de *Senadores*; el Poder Ejecutivo, asumido por un "presidente de la República Argentina", el Poder Judicial, organizado en una alta corte de Justicia, tribunales superiores y demás juzgados.

La Constitución contaba con un significativo acopio de derechos personales, fuente, en parte, de los actuales.

§ 222. ***Rechazo de la Constitución de 1826. Disolución de las autoridades nacionales.*** – Córdoba, Santa Fe, Entre Ríos, Mendoza, San Luis, Corrientes y San Juan manifestaron expresamente su disconformidad con el nuevo texto. Santiago del Estero y La Rioja reservaron su juicio "para mejor momento". Sólo Uruguay se adhirió a la Constitución. En definitiva, no tuvo vigencia alguna.

Por ley del Congreso Constituyente, del 18 de agosto de 1827, éste se autodisolvió, extinguiendo al mismo tiempo al gobierno nacional.

§ 223. ***Convención Nacional de Santa Fe (1828-1829).*** – A raíz del llamado "pacto federativo" del 17 de mayo de 1827, al cual se adhirieron gran cantidad de provincias, se invitaba a la reunión de un nuevo congreso general constituyente, bajo la fórmula federal. En base a tal documento, éste tuvo lugar en la ciudad de Santa Fe, inaugurado oficialmente el 25 de septiembre de 1828. Tomó ciertas decisiones. Sin embargo, no cumplió su misión constituyente, declarándose en receso el 14 de octubre de 1829.

2) Constitucionalismo inorgánico

§ 224. ***Introducción. El Pacto Federal.*** – Como respuesta a la Liga del Interior, unitaria, el tratado del 4 de enero de 1831 creó la Liga del Litoral, federal. Originariamente este convenio fue suscripto por tres provincias (Santa Fe, Buenos Aires y Entre Ríos), pero posteriormente se adhirieron todas a él.

§ 225. ***Estructura institucional de la Confederación Argentina.*** – El Pacto Federal de 1831 reconoce la existencia de un Estado argentino (art. 2°), organizado como República (art. 15), formado por las *provincias* del país, que integran una federación (art. 4°).

En concreto, diagrama una "liga" sobre la base de una alianza militar, ofensiva y defensiva. Estructura un órgano institucional: la "Comisión Representativa de los Gobiernos de las Provincias Litorales de la República Argentina".

La Comisión Representativa operó hasta que se autodisolvió el 13 de julio de 1832, confiriendo el manejo de las relaciones exteriores de las provincias al gobernador de la provincia de Buenos Aires, a quien le delegaba, también, sus competencias.

En concreto, después de 1832, la Confederación Argentina cuenta con una base documental inorgánica, formada de la manera siguiente.

a) Un *instrumento jurídico fundamental* (el Pacto Federal del 4 de enero de 1831), y otros *secundarios*.

b) Un *órgano de gobierno*: el gobernador de la provincia de Buenos Aires, con competencias derivadas de aquellos instrumentos y de otros preceptos que surgen del derecho constitucional consuetudinario. Entre ellas pueden mencionarse: la conducción de las relaciones exteriores (incluyendo guerra y paz, celebración de tratados); la interpretación y efectivización del Pacto Federal; la facultad de intervenir, aun en las provincias, en tutela del Pacto; el mando de los ejércitos federales; el juzgamiento de delitos contra la Confederación, etcétera.

3) Constitucionalismo orgánico

§ 226. ***Introducción.*** – Denominamos "constitucionalismo orgánico" a la etapa que comienza con la Constitución nacional de 1853, documento *unificado* y *sistemático* que instrumentó –con vigencia– un sistema republicano y federal de gobierno, aunque con importantes interrupciones durante el período 1949-1956 (cuando rigió la Constitución de 1949), y también durante los regímenes de facto (1930-1931; 1943-1946; 1955-1958; 1966-1973, y 1976-1983), pese a que en éstos rigieron algunas de sus cláusulas.

§ 227. ***Antecedentes de la Constitución de 1853. Protocolo de Palermo. Acuerdo de San Nicolás.*** – Después de la batalla de Caseros (3 de febrero de 1852), que implicó la caída del gobernador de Buenos Aires (Rosas), las provincias de Santa Fe, Buenos Aires, Corrientes y Entre Ríos firmaron, el 6 de abril de 1852, el Protocolo de Palermo, por el cual delegaban el manejo de las relaciones exteriores en el general Urquiza, y convinieron

también en designar a los plenipotenciarios que debían integrar la Comisión Representativa que contemplaba el art. 16 del Pacto Federal de 1831.

Poco más tarde, el 31 de mayo de 1852, el Acuerdo de San Nicolás, ante la presencia de la mayoría de los gobernadores de provincia, resolvió ratificar el carácter de ley fundamental del Pacto Federal, y decidió convocar al congreso general federativo, previsto por el art. 16 de éste, al que llama "Congreso General Constituyente". Dicho Congreso se debía reunir en la ciudad de Santa Fe, en agosto de 1852, formado por dos diputados por cada provincia, quienes debían concurrir sin instrucciones especiales, ni condiciones ni restricciones, y "penetrados de sentimientos puramente nacionales".

Contemplaba igualmente la figura del encargado de las relaciones exteriores, a quien otorgaba el título de "director provisorio de la Confederación Argentina". El cargo se asignó al gobernador Urquiza. Él debía promulgar la futura Constitución.

El Acuerdo fue aprobado en definitiva por todas las provincias excepto Buenos Aires. Separada de la Confederación, Buenos Aires recién se reintegrará el 11 de noviembre de 1859.

§ 228. ***El Congreso Constituyente de 1852-1853.*** – Las sesiones preparatorias principiaron en Santa Fe el 15 de noviembre de 1852, y las ordinarias, el 20. La comisión redactora de la Constitución quedó formada por Leiva, Gutiérrez, Gorostiaga, Díaz Colodrero y Ferré. Luego se sumaron Derqui y Zapata. Zavalía reemplazó transitoriamente a Ferré, y del Campillo ocupó, en definitiva, el lugar de Derqui. Tal vez el constituyente más laborioso fue Gorostiaga, autor de un esbozo o anteproyecto que influyó en gran medida en la nueva Constitución.

La comisión presentó su proyecto el 18 de abril de 1853, junto con los de leyes de capital, régimen municipal y organización de aduanas.

El proyecto constitucional se debatió en once sesiones, del 20 al 30 de abril de 1853.

Para Rosas, cada artículo fue aprobado, como promedio, en once minutos y treinta segundos de sesión. No se contó con taquígrafos, pero sí hubo actas. No hay constancia en ellas, de la aprobación en particular de los arts. 11 a 13; 23 a 28; 63 y 83, inc. 7°.

La Constitución se firmó en el Congreso Constituyente el 1° de mayo, y quedó promulgada por el director Urquiza el 25 de ese mes. Se juró en la República el 9 de julio, salvo, naturalmente, en la provincia de Buenos Aires.

§ 229. ***Constitución de la Confederación Argentina (1853). Fisonomía e ideología.*** – La nueva Constitución fue breve, de ciento siete artículos, unificada, de tipo rígido, puesto que su modificación es compleja y requiere de una convención constituyente, además de la previa declaración de necesidad de reforma por el Congreso, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros.

La Constitución se dividía en un Preámbulo y dos *partes*; la primera, de tipo *dogmático*, contó con treinta y un artículos, y un capítulo único: "Declaraciones, derechos y garantías".

La segunda parte, especialmente orgánica, bajo el rótulo de "Autoridades de la Confederación", tuvo setenta y seis artículos y se dividió así:

Título primero: "Gobierno Federal".

Sección primera: "Del Poder Legislativo".

Sección segunda: "Del Poder Ejecutivo".

Sección tercera: "Del Poder Judicial".

Título segundo: "Gobiernos de provincia".

En líneas generales, la fisonomía de la Constitución de 1853 se mantiene en la actualidad, pese a las importantes reformas introducidas en 1860 y 1994, y las menores de 1866, 1898 y 1957 (aunque esta última tenga gravitación ideológica).

Ideológicamente, la Constitución de 1853 tuvo dos fuentes principales.

a) Una, quizá predominante, era *liberal* e *individualista* (como lo reconoció la Corte Suprema, "Quinteros", *Fallos*, 179:113), tributaria de la llamada *filosofía de la ilustración.*

Tal vertiente liberal era de tipo *republicano*, con elementos democráticos, pero –siguiendo el modelo de muchas constituciones de la época– con escasa participación popular: de los poderes del

Estado sólo la Cámara de Diputados es electa directamente por el cuerpo electoral. Además, el pueblo "no delibera ni gobierna" por sí mismo (art. 23).

b) Otro tramo, de corte cristiano tradicional (bases neotomistas), daba fundamentación teísta a la Constitución (Dios es mencionado en el Preámbulo y en el art. 19), y apuntaba como fin del Estado (Preámbulo) el bienestar general, que al decir de la Corte era el *bien común* de la filosofía clásica ("Quinteros", *Fallos*, 179:113).

En síntesis, la Constitución fue ideológicamente *mixta*.

§ 230. ***Tareas complementarias y disolución del Congreso Constituyente. Instalación de los poderes constituidos.*** – En sesiones posteriores, la asamblea constituyente aprobó la ley de capital provisoria, por cuanto Buenos Aires había rechazado la Constitución y se hallaba separada de la Confederación (sesión del 13 de diciembre de 1853).

Después de los comicios para electores de presidente y vicepresidente, el Congreso realizó el escrutinio definitivo el 20 de febrero de 1854; Urquiza y del Carril, respectivamente, asumieron aquellos cargos el 5 de marzo de 1854. El Congreso nacional tuvo su sesión inaugural el 22 de octubre de 1854.

El Congreso Constituyente de Santa Fe se autodisolvió el 7 de marzo de 1854.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación recién se estructuró en el año 1863.

§ 231. ***Suspensión parcial de la Constitución de la Confederación Argentina.*** – A raíz de la separación de la provincia de Buenos Aires, autotransformada oficialmente en "Estado de Buenos Aires", la Constitución nacional de 1853 tuvo dos suspensiones parciales.

a) Una, de tipo *territorial*, fue su no vigencia en el territorio de la provincia de Buenos Aires, al menos hasta su reincorporación, concretada por el Pacto de San José de Flores (noviembre de 1859).

b) Otra, de tipo *institucional*, se refleja en el art. 3° de la Const. de 1853, que declaraba capital del país a la ciudad de Buenos Aires, y que, por supuesto, no podía cumplirse (hipótesis de imposibilidad material de cumplimiento de la Constitución).

§ 232. ***Reunificación del país. Pacto de San José de Flores.*** – Como resultado de la batalla de Cepeda, del 23 de octubre de 1859, donde triunfan las tropas nacionales, se firmó el 10 de noviembre de ese año el Pacto de Unión de San José de Flores, por el cual la provincia de Buenos Aires se declara parte integrante de la Confederación, y se compromete a efectuar, mediante una convención provincial, la revisión de la Const. de la Confederación de 1853. Si proponía reformas, debía realizarse una convención constituyente nacional ad hoc.

§ 233. ***Reforma constitucional de 1860. Su inconstitucionalidad.*** – Esta decisiva enmienda de la Constitución de 1853 tuvo dos etapas.

a) La primera ocurrió en el seno de la convención de la provincia de Buenos Aires, que sesionó desde el 5 de enero hasta el 12 de mayo de 1860; propuso una serie de reformas.

b) La segunda tuvo lugar en Santa Fe, en la Convención Constituyente. Inició sus sesiones regulares el 22 de septiembre y finalizó el 25 de ese mes. El presidente Derqui promulgó las reformas el 1° de octubre de 1860.

Los cambios –que siguieron casi siempre las propuestas de la Convención de Buenos Aires– fueron muy significativos. Se acentuó la forma federal de gobierno (se borró el requisito de que las constituciones provinciales fuesen revisadas por el Congreso federal); también la Convención circunscribió las causales de intervención federal a las provincias; eliminó la jurisdicción federal en el conocimiento de los conflictos de poderes de una provincia, etcétera. Insertó la cláusula de los "derechos no enumerados" (art. 33), dejó a salvo la jurisdicción provincial para la aplicación de los códigos Civil, de Comercio, Penal, de Minería; la sede de la Capital Federal quedó a criterio de una ley especial del Congreso, etcétera.

La reforma de 1860 fue inconstitucional por varios motivos: en concreto, se apartó del texto original del art. 30 de la Const. de 1853, que impedía la reforma constitucional hasta 1863, y exigía que el proyecto de enmienda fuese considerado primero en el Se-

nado (el trámite legislativo comenzó en Diputados). No obstante, ante el dilema de cumplir con la Constitución y no unir al país, o incumplirla, pero unir a la Nación, las reglas de *derecho repentino* (el Pacto de San José de Flores y la ley de convocatoria de reforma constitucional) impulsaron a viabilizar la reforma. Éste ha sido un caso evidente de *imposibilidad racional* de cumplimiento de la Constitución.

§ 234. ***Constitución de la Nación Argentina (1853-1860).*** La reforma de 1860 cambió el nombre de la Constitución, que pasó a llamarse "de la Nación Argentina".

Anteriormente hemos adherido a quienes hablan de la "Constitución de 1853-1860", ya que la actual bien puede considerarse como una simbiosis peculiar entre dos momentos y dos sujetos constituyentes diferentes: la de 1853, con un sujeto constituyente *parcial* (el pueblo de trece provincias); y la de 1860, con un sujeto constituyente *total* (el pueblo de las catorce provincias). La Constitución actual se basa en la primera, pero con importantes adiciones y correcciones efectuadas por la segunda.

§ 235. ***Vigencia, reformas, suspensiones, sustituciones y restauraciones de la Constitución de 1853-1860.*** – Corresponde ahora detallar los distintos períodos por los cuales ha pasado el texto constitucional. Se perfilan, al respecto, estas situaciones.

a) *Reformas.* Aludimos a las enmiendas introducidas al texto constitucional (1860, 1866, 1898, 1957 y 1994), y admitidas como tales pese a los importantes vicios que en ciertos casos pudieron perjudicar su constitucionalidad.

b) *Períodos de vigencia global.* Se trata de tramos durante los cuales toda la Constitución de 1853-1860 (con las reformas del caso) tuvo vigor formal, aunque en el plano de las realidades existan infracciones, quebrantamientos o adulteraciones a su letra o espíritu, que en algunos momentos fueron muy significativos.

c) *Períodos de suspensión parcial.* En esos períodos ha mediado la vigencia de algunos trozos de la Constitución (generalmente, de derechos personales), pero de inaplicación de otros (preferentemente de la parte orgánica), por lo común durante gobiernos de

facto. Ha sido frecuente, en estas situaciones, que el tramo inaplicado fuese reemplazado (*transitoriamente*) por otras normas dictadas en ejercicio del poder constituyente, por la autoridad de facto (p.ej., en 1930 o en 1943).

d) *Sustitución (o cambio) de la Constitución.* Asume dos características: cambio *constitucional*, la Constitución de 1853-1860 es suplantada por otra, según el procedimiento establecido por la primera (p.ej., Constitución de 1949), y cambio *inconstitucional*, la Constitución es sustituida irregularmente por otra estructura constitucional, que (a la inversa de los casos de suspensión) tiene aquí *vocación de permanencia* (p.ej., casos de 1966-1973 y 1976-1983). Con referencia a la Constitución de 1949, fue derogada inconstitucionalmente en 1956.

e) *Restauración.* En estos supuestos, el texto de 1853-1860 es reinstalado expresa o tácitamente en su vigencia (p.ej., caso de 1983). La restauración, de vez en cuando, ha sido parcial (1956-1958; 1973-1976).

El siguiente cuadro ejemplifica lo señalado.

Vigencia de la Constitución nacional de 1853-1860

Año	*Acontecimiento*
1860	Const. de 1853-1860.
1860	Primera suspensión parcial.
1863	Vigencia global.
1866	Reforma constitucional.
1898	Reforma constitucional.
1930	Segunda suspensión parcial.
1932	Vigencia global.
1943	Tercera suspensión parcial.
1946	Vigencia global.
1949	Sustitución constitucional de la Const. de 1853-1860: Const. de 1949.
1955	Suspensión parcial de la Const. de 1949.
1956	Sustitución inconstitucional de la Const. de 1949. Restauración y cuarta suspensión parcial de la Const. de 1853-1860.

9. Sagüés, *Manual.*

1957	Reforma constitucional.
1958	Vigencia global de la Const. de 1853-1860.
1962	Quinta suspensión parcial.
1963	Vigencia global de la Constitución.
1966	Sustitución inconstitucional de la Constitución.
1972	Estatuto fundamental.
1973	Restauración y sexta suspensión parcial.
1976	Sustitución inconstitucional de la Constitución.
1983	Restauración global de la Const. de 1853-1860.
1994	Reforma constitucional.

§ 236. ***Primera suspensión parcial de la Constitución (1860-1863).*** – En realidad, hasta la instalación de la Corte Suprema, el 15 de enero de 1863, quedaron suspendidos los artículos constitucionales relativos a la institución y funcionamiento de ese alto tribunal.

Una suspensión tuvo lugar después de la batalla de Pavón (17 de septiembre de 1861), con el triunfo de Buenos Aires y consecuente derrota de las fuerzas de la Nación. El 12 de noviembre de 1861, el vicepresidente de ésta, Pedernera, declaró por decreto-acuerdo "en receso" al Poder Ejecutivo nacional (el Legislativo estaba fuera de sesiones, y la Corte Suprema todavía no existía).

Ante esa emergencia, once provincias encomendaron al gobernador de Buenos Aires, Mitre, la dirección interina de los asuntos nacionales, cosa que refrendó el Congreso por ley 1, del 3 de junio de 1862, que dejó en manos de aquél "las atribuciones anexas al Poder Ejecutivo nacional hasta que el Congreso Legislativo de la República resuelva lo pertinente". Mitre fue presidente de iure recién a partir del 12 de octubre de 1862.

Durante el lapso indicado, hubo también suspensión parcial de varios tramos de la Constitución (en particular, sobre el desempeño del Poder Ejecutivo). La Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó tal situación, posteriormente, basándose en el "derecho de la revolución triunfante y el asentimiento de los pueblos, y en virtud de los graves deberes que la victoria le imponía" ("Martínez y Otero", *Fallos*, 2:127).

§ 237. ***Vigencia global (1863).*** – Con la asunción de Mitre, y la posterior institución de la Corte Suprema, en 1863, se regulariza la vigencia global de la Const. de 1853-1860.

§ 238. ***Reforma constitucional de 1866.*** – Convocada por las leyes 171 y 172, la Asamblea Constituyente sesionó en Santa Fe, del 10 al 12 de septiembre de 1866.

Reformó los arts. 4° y 67, inc. 11. Dio al primero su actual redacción, con referencia al Tesoro, y autorizó derechos de exportación para la Nación, por tiempo ilimitado.

§ 239. ***Convocatoria (frustrada) a reforma constitucional (1880).*** – Se programó por ley 1030, del año 1880, para introducir enmiendas en los arts. 3°, sobre capital, y 104, sobre poderes provinciales.

§ 240. ***Reforma constitucional de 1898.*** – Dispuesta por la ley 3507, sesionó en la ciudad de Buenos Aires. Modificó el número de ministerios (art. 87) y la base poblacional de la Cámara de Diputados (art. 37).

§ 241. ***Segunda suspensión parcial de la Constitución (1930-1932).*** – El 6 de septiembre de 1930, un golpe militar provocó la renuncia del vicepresidente Martínez, a cargo del Poder Ejecutivo nacional. El 7 de ese mes, el presidente provisional, Uriburu, declara disuelto el Congreso nacional. Posteriormente se intervienen varias provincias.

En su manifiesto del 6 de septiembre, el presidente provisional proclamó "su respeto por la Constitución", y así juró bregar "por el imperio de la Constitución". Durante el tramo del 6 de septiembre de 1930 al 20 de febrero de 1932, la estructura normativa institucional fue mixta: regían algunas normas de la Constitución nacional, pero no otras, como las concernientes al Poder Legislativo, cuyas competencias absorbía el Poder Ejecutivo en lo que fuese necesario "para el cumplimiento de los fines" del gobierno revolucionario. La Corte Suprema, por acordada del 10 de septiembre de 1930, consintió tal situación.

§ 242. ***Vigencia global (1932).*** – El 20 de febrero de 1932 asumió el gobierno de iure, con el obvio retorno a la Constitución de 1853-1860, vigente en términos globales. De allí hasta la revolución del 4 de junio de 1943, sin embargo, se ha cuestionado la legitimidad constitucional del régimen imperante, especialmente por las proscripciones y el fraude electoral. De ahí que ese período haya merecido el rótulo de "década infame", sobre todo por el uso del irónicamente denominado "fraude patriótico".

§ 243. ***Tercera suspensión parcial (1943-1946).*** – El 4 de junio de 1943, un pronunciamiento militar depuso al gobierno del presidente Castillo. Al asumir Ramírez como presidente del gobierno provisional, el 7 de junio, juró actuar "para el restablecimiento del pleno imperio de la Constitución".

Por decrs. 3/43 y 182/43 quedó disuelto el Congreso. El decr. 222/43 aclaró que el gobierno de facto asumía las competencias constitucionales del Poder Ejecutivo, y "también aquellas que resultan necesarias para el cumplimiento de sus fines". La Corte Suprema reputó esa situación análoga a la de 1930, aunque en varios pronunciamientos indicó que el presidente sólo podía ejercer válidamente las atribuciones del Congreso en cuanto era indispensable para el funcionamiento del Estado y para cumplir con los fines declarados por el movimiento militar ("Acord. s/Cám. Apel. del Norte", *Fallos*, 201: 239; "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", *Fallos*, 201:249; "de Ciarrapico", *Fallos*, 204:195, y "Anders", *Fallos*, 204:345).

No hubo, pues, intención de derogar la Constitución, aunque sí quedaron suspendidas algunas de sus partes importantes, de modo similar a lo acaecido durante 1930-1932.

§ 244. ***Vigencia global (1946).*** – A partir de la asunción del presidente de iure, el 4 de junio de 1946, vuelve a operar en términos generales la vigencia de la Constitución de 1853-1860.

§ 245. ***Sustitución constitucional de la Constitución de 1853-1860. Constitución de 1949.*** – Convocada por ley 13.233, la Convención Constituyente sesionó en Buenos Aires desde el 24 de enero hasta el 16 de marzo de 1949. Los términos de la convocatoria fueron amplios, sin topes normativos.

En concreto, ésta introdujo una gran cantidad de enmiendas parciales al texto de 1853-1860, pero finalmente aprobó un "texto ordenado" de la Constitución nacional. En conclusión, la Convención Constituyente de 1949 diagramó una *nueva* Constitución, inspirada en una concepción ideológica distinta de la precedente; esto es, inspirada en la visión social del justicialismo. Popularmente se la conoce como "la Constitución peronista".

Entre las particularidades del nuevo texto, figura la constitucionalización del hábeas corpus, la inserción de los conceptos de justicia social y función social de la propiedad; de los derechos del trabajador; de la familia y de la ancianidad; la educación y la cultura; la prestación de los servicios públicos por parte del Estado y la propiedad de los minerales, caídas de agua, yacimientos de petróleo y fuentes de energía; inclusión del estado de prevención y de alarma (además del estado de sitio); el desconocimiento de las organizaciones que sustenten principios contrarios a las libertades constitucionales o al sistema democrático, etcétera.

En el ámbito orgánico fue importante la elección directa del presidente; la posibilidad de su reelección; la elección directa de los senadores; el *jury* de enjuiciamiento para magistrados inferiores a la Corte Suprema, y el otorgamiento a ésta del papel de corte de casación en temas de derecho común, con jurisprudencia vinculante en tal función y en materia del recurso extraordinario, etcétera.

La Constitución de 1949 no tuvo un trámite fácil: su validez fue objetada desde la convocatoria (donde se le imputó no contar con los dos tercios de votos de los miembros de cada Cámara, sino sólo de los presentes, aunque tal presunto defecto había ya acaecido en anteriores reformas). En su contenido, se ha cuestionado su fuerte partidización (circunstancia reconocida en el seno de la propia Convención Constituyente), y un robustecimiento preocupante de los roles del Estado y del Poder Ejecutivo. En su favor obra una visión más solidaria y social de la vida económica y política.

§ 246. ***Convocatoria (frustrada) a reforma constitucional (1955).*** – La ley 14.404, del año 1955, dispuso la convocatoria a una convención constituyente, para modificar el régimen de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, y asegurar la efectiva libertad e igualdad de cultos, según se dijo.

El movimiento revolucionario de septiembre de 1955 impidió la concreción de tal iniciativa.

§ 247. ***Suspensión parcial de la Constitución de 1949 (1955).*** La llamada "Revolución Libertadora", triunfante en septiembre de 1955, disolvió el Congreso nacional (decreto del 21 de septiembre de ese año), depuso a los miembros de la Corte Suprema de Justicia (decr. 318/55; era la primera vez que un gobierno de facto se arrogaba esa facultad), y confirió al presidente del gobierno provisional las competencias legislativas que la Constitución asignaba al Congreso (incluyendo las privativas de cada cámara), atribución ejercida por medio de decretos-leyes.

Esto significó la suspensión parcial de la Constitución de 1949, en todos esos tramos, de tipo transitorio (en principio), ya que el gobierno de facto se autoproclamaba *provisional.*

§ 248. ***Sustitución inconstitucional de la Constitución de 1949. Restauración y cuarta suspensión parcial de la Constitución de 1853-1860.*** – El 27 de abril de 1956, una proclama del gobierno provisional, invocando "el ejercicio de sus poderes revolucionarios", declaró "vigente la Constitución nacional sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, y exclusión de la de 1949" (art. 1°). Afirmó también que dicho gobierno ajustaría su acción a la Constitución que reimplantaba, "en tanto y en cuanto no se oponga a los fines de la Revolución, enunciados en las directivas básicas del 7 de diciembre de 1955, y a las necesidades de la organización y conservación del gobierno provisional".

En resumen, la proclama significó, por un lado, el ejercicio del poder constituyente originario por el régimen militar, acto que se manifestó tanto por la derogación de una constitución, como por la resurrección de otra, pero no de modo total, sino parcial, ya que la vigencia de muchos de sus tramos *quedaba simultáneamente suspendida (cuarta suspensión).* El nuevo orden institucional, en efecto, estaba integrado (a nivel jerárquico) por: *a*) las *directivas básicas* del 7 de diciembre de 1955; *b*) ciertas exigencias fácticas, no normadas (las "necesidades de la organización y conservación del gobierno provisional", según el art. 2° de la proclama), y *c*) la Constitución de 1853-1860, y sus reformas de 1866 y 1898.

De ésta, por ejemplo, quedaban suspendidas, entre otras, las reglas referentes a la operatividad del Congreso.

La derogación de la Constitución de 1949 fue un acto definitivo y novedoso (era la primera vez que un movimiento de facto decidía algo de tal naturaleza).

§ 249. ***Reforma constitucional de 1957.*** – Por decr. 3838/57, invocando el ejercicio de "los poderes revolucionarios", el gobierno de facto ejerció los poderes preconstituyentes que la Constitución nacional asigna al Congreso en el art. 30, y declaró la necesidad de reforma de una larga serie de artículos. Otros decretos (4300/57 y 6809/57) complementaron al primero.

La Convención Constituyente, reunida en Santa Fe desde el 30 de agosto hasta el 14 de noviembre de 1957, declaró el 23 de septiembre la vigencia de la Constitución de 1853-1860, con las reformas de 1866 y 1898; incorporó el art. 14 "nuevo" (comúnmente llamado art. 14 bis) y modificó en parte el art. 67, inc. 11. La reforma fue significativa tanto por el reconocimiento de derechos laborales y sociales, ideológicamente vinculados con el estado social de derecho (ver § 6 y ss.), como por la variación ideológica que eso significaba, con relación al texto de 1853-1860, que tenía una fuerte presencia liberal e individualista.

La enmienda de 1957 ha sido criticada en su trámite, tanto por el hecho de no haberla convocado el Congreso, en infracción al art. 30 de la Const. nacional, como por las proscripciones políticas habidas en la elección de los constituyentes (con la interdicción del partido mayoritario entonces, el justicialista). No obstante, tal vez por la legitimidad del contenido de sus reformas, ha tenido vigencia posterior.

§ 250. ***Vigencia global (1958).*** – Con la asunción de las autoridades de iure, el 1° de mayo de 1958 (no obstante subsistir un régimen de proscripciones electorales), la Constitución de 1853-1860 recuperó su vigor global, de modo automático, concluida la gestión del gobierno de facto que se autocalificó como provisional.

§ 251. ***Quinta suspensión parcial de la Constitución (1962-1963).*** – Depuesto por un movimiento militar el presidente Frondi-

zi, asume Guido como titular del Poder Ejecutivo (29 de marzo de 1962). A este acto irregular, en infracción al art. 75 de la Const. nacional, se suma después la disolución del Congreso (decr. 9204/62), y la asunción por parte del Poder Ejecutivo de las facultades legislativas (decr. 9747/62).

Hasta el 12 de octubre de 1963, en que asumen las nuevas autoridades constitucionales, diversos artículos de la Constitución nacional quedaron nuevamente suspendidos.

§ 252. ***Vigencia global (1963).*** – Con posterioridad a un proceso electoral nuevamente viciado con proscripciones políticas, el 12 de octubre de 1963, según se puntualizó, se inició otro tramo institucional con las autoridades electas, recuperando vigencia la Constitución de 1853-1860.

§ 253. ***Sustitución inconstitucional de la Constitución de 1853-1860 (1966-1973).*** – La autodenominada "Revolución Argentina", gobierno de facto que principia el 28 de junio de 1966, ejerció en varias ocasiones el poder constituyente.

a) *Normas de facto.* La pieza fundamental del sistema fue el "Acta de la Revolución Argentina", dictada por la Junta Revolucionaria, que se formó con los tres comandantes en jefe de las fuerzas armadas, órgano que asumió "el poder político y militar de la República", disolvió el Congreso y removió a los miembros de la Corte Suprema. El Acta tenía tres anexos: *1*) el "mensaje de la Junta Revolucionaria al pueblo argentino"; *2*) el "Estatuto de la Revolución Argentina", pronunciado por la Junta invocando explícitamente "el ejercicio del poder constituyente", y *3*) los "objetivos políticos de la Revolución Argentina". La Constitución de 1853-1860 regía sólo en cuanto no se opusiera a tales documentos.

b) *Estructura de poder.* Básicamente actuaban dos poderes: el Ejecutivo, con papeles también legislativos, y el Judicial (arts. 5° y 8°, Estatuto). El sistema era de tipo autocrático, sin límites de tiempo, confiaba el poder constituyente a las fuerzas armadas, y programaba un esquema *unitario*, ya que el gobierno central proveía "lo concerniente a los gobiernos provinciales" (art. 9°, Estatuto).

El Estatuto fue modificado el 12 de junio de 1970 y el 23 de marzo de 1971, por la Junta. En definitiva, el Poder Ejecutivo fue ejercido por la propia Junta, cuyo presidente lo sería también de la Nación Argentina, desempeñando las funciones que el art. 5° otorgaba al Poder Ejecutivo.

Durante el período 1966-1973, el régimen militar tuvo, inicialmente, la decisión de erigir un nuevo orden institucional, motivo por el que la Constitución de 1853-1860 regía sólo subsidiaria y parcialmente (tal vez sólo 42 de sus 110 artículos), pero por voluntad del sujeto constituyente militar. No hubo, en rigor de verdad, *suspensión*, sino *sustitución* por una nueva estructura constitucional, dispersa e inorgánica.

Después de las reformas del Estatuto de 1970 y 1971 se operó una suerte de *retorno* a la Constitución de 1853-1860, por voluntad de los detentadores del poder, bien que con retoques, como los introducidos en el Estatuto Fundamental de 1972. De hecho se operó así una restauración progresiva parcial de aquella Constitución.

§ 254. ***Estatuto Fundamental de 1972.*** – La ley 19.608, del 3 de mayo de 1972, dictada por la Junta de Comandantes en Jefe "en ejercicio de los poderes revolucionarios", declaró necesaria la enmienda parcial de la Constitución. El 24 de agosto de 1972, la misma Junta, "en ejercicio del poder constituyente", sancionó el Estatuto, llamado habitualmente "Fundamental", donde se reformaban varios artículos de la parte orgánica de la Constitución de 1853-1860.

Las enmiendas más significativas consagraron la unificación del período de diputados y senadores, a cuatro años; la elección popular de los senadores y su número de tres por provincia; la ampliación del período de sesiones del Congreso, del 1° de abril al 30 de noviembre; la posibilidad de reelección del presidente, aunque se acortaba su gestión a cuatro años; su elección popular, mediante un sistema de doble vuelta (*ballottage*), etcétera. Otras reglas agilizaban el procedimiento legislativo y determinaban un mecanismo de jurados para la remoción de jueces inferiores a la Corte Suprema.

La vigencia del Estatuto estaba sometida a un régimen singular: regiría hasta el 24 de mayo de 1977. Si una convención cons-

tituyente no se pronunciaba sobre su subsistencia, antes del 25 de agosto de 1976, continuaría aplicándose sólo hasta el 24 de mayo de 1981 (art. 4°). Tenía, en principio, vocación de transitoriedad, y programaba su autoderogación.

Obviamente, las reglas del Estatuto no se aplicaban durante el régimen militar, pues no había Congreso en funcionamiento; estaban destinadas a regular al futuro gobierno constitucional; y era obvio también que allí regiría la Constitución de 1853-1860 (tácitamente restaurada), pero con las correcciones del mentado Estatuto.

Su vigencia fue relativa (ver § 123). De todos modos, quedó extinguido el 31 de marzo de 1976, formalmente, ya que el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional, de esa fecha, ni siquiera lo mencionó.

§ 255. ***Restauración y sexta suspensión parcial de la Constitución (1973-1976).*** – El 25 de mayo de 1973 asumieron las nuevas autoridades constitucionales, electas sustancialmente según los mecanismos del Estatuto Fundamental.

Dicho Estatuto debía cohabitar con la Constitución de 1853-1860, vigente en lo no afectada por éste. Sin embargo, esa *concurrencia normativa* no fue sencilla; de hecho, se respetaban diversas normas del primero, pero no todas (enjuiciamiento de magistrados inferiores a la Corte Suprema; reglas sobre el quórum de las salas del Congreso, etcétera). En resumen, algunas veces el Estatuto tenía supremacía sobre la Constitución, y otras no, según el comportamiento de los operadores del poder.

En consecuencia, la Constitución de 1853-1860 tuvo en este período otro caso –el sexto– de suspensión parcial.

§ 256. ***Sustitución inconstitucional de la Constitución de 1853-1860 (1976-1983).*** – El 24 de marzo de 1976 se produjo un nuevo golpe de Estado, denominado "Proceso de Reorganización Nacional", que se prolongó hasta el 10 de diciembre de 1983. El régimen atravesó varias etapas institucionales.

Los instrumentos fundamentales fueron: *a*) la Proclama de los tres Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, del 24 de marzo de 1976, por la que asumen "el control de la República"; *b*) el Acta para el Proceso de Reorganización Nacional, de la misma fecha, por la que esos tres comandantes forman la Junta Militar, que toma el poder político de la República, remueve al presidente de la Nación, disuelve el Congreso y exonera –entre otros– a los miembros de la Corte Suprema; *c*) el Acta fijando el propósito y los objetivos básicos del Proceso de Reorganización Nacional, también del 24 de marzo de 1976, y *d*) el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional, promulgado por la Junta Militar "en ejercicio del poder constituyente", publicado el 31 de marzo de ese año. Dicho Estatuto fue modificado varias veces.

La estructura de poder adoptó como órgano principal a la Junta Militar, ente supremo, que aparte de funciones constituyentes tomó otras que la Constitución de 1853-1860 asignaba al presidente y al Congreso. El nuevo presidente de la Nación asumió roles ejecutivos y legislativos, salvo los asignados a la Junta (en la tarea legisferante estaba acompañado por una Comisión de Asesoramiento Legislativo). Por último, quedaba el Poder Judicial. Como en 1966-1973, el sistema era unitario y autoritario.

La Junta Militar, otra vez invocando el ejercicio del poder constituyente, resolvió el 5 de diciembre de 1983 autodisolverse y derogar ciertas partes del Estatuto. En concreto, puntualizó también que el día 10 de diciembre de 1983 cesaría la vigencia del Estatuto y de su reglamentación.

§ 257. ***Restauración global de la Constitución de 1853-1860.*** – En la fecha indicada (10 de diciembre de 1983) recobró –de modo espontáneo y automático– plena vigencia global la Constitución histórica, sin necesidad de declaración expresa.

Con todo lo indicado parece configurarse una regla de derecho constitucional consuetudinario argentino que dice así: si un régimen de facto dicta, en ejercicio de su poder constituyente, reglas que impiden la aplicación de ciertos artículos de la Constitución nacional, las normas constitucionales del régimen de facto duran sólo durante su gestión; y las reglas de la Constitución nacional de 1853-1860 no son derogadas, sino suspendidas, por lo cual recobran inmediata vigencia concluido el gobierno de facto.

Como excepción puede citarse el caso del Estatuto Fundamental de 1972, dictado por un régimen de facto, algunas de cuyas re-

glas conservaban vigor aun durante el gobierno constitucional que asumió en 1973.

§ 258. ***Reforma constitucional de 1994.*** – Durante la administración del presidente Alfonsín hubo iniciativas de reforma, propiciadas por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, creado por el decr. 2446/85. En 1993, el presidente Menem, al no lograr inicialmente reunir los dos tercios de votos en ambas cámaras exigidos por el art. 30 de la Const. nacional para declarar la necesidad de reforma, dictó el decr. 2181/93 (complementado por el decr. 2258/93), por el que se convocaba a una consulta popular voluntaria y no vinculante, para que la ciudadanía expresase su opinión al respecto. Ella no fue necesaria, ya que el 14 de noviembre de 1993 Menem y Alfonsín suscribieron el llamado "Pacto de Olivos", corroborado el 13 de diciembre del mismo año por el "Pacto de la Casa Rosada", según el cual los dos partidos mayoritarios (Justicialista y Radical) acordaron sobre las bases de convocatoria a la enmienda de la Constitución.

La ley 24.309, sancionada poco después, instrumentó ese llamado, distinguiendo dos áreas de posibles reformas: la primera, denominada "Núcleo de coincidencias básicas", reproducía los aspectos esenciales del "Pacto de Olivos", y obligaba a la Convención Constituyente a aprobar o desechar en bloque las enmiendas. El segundo tramo, en cambio, era de debate libre, al estilo tradicional de las convenciones argentinas. La constitucionalidad de la ley 24.309 fue muy discutida, tanto por su trámite, que no se ajustó al art. 71 de la Const. de 1853-1960, como por la "cláusula cerrojo" que imponía a la Convención el voto global del referido paquete de reformas.

Los convencionales constituyentes fueron elegidos el 10 de abril de 1994, iniciaron sus sesiones el 25 de mayo y las culminaron el 22 de agosto. La Convención funcionó en las ciudades de Santa Fe y Paraná. El nuevo texto constitucional fue jurado el 24 de agosto de 1994.

La reforma de 1994 resultó amplia. Entre otros temas, en materia de derechos, añadió un nuevo capítulo (el segundo) a la Parte Primera de la Constitución, con derechos y garantías de índole política (de resistencia a los gobiernos de facto, garantías al

sufragio, a formar partidos, igualdad entre el hombre y la mujer, iniciativa y consulta popular), y otros de índole general, llamados "de tercera generación" (ver § 853), referentes a la ecología y a los consumidores y usuarios. También acopló, al reformar la Parte Segunda de la Constitución, derechos relativos a los niños, madres, trabajadores, indígenas, educandos, autores, etcétera. Dio rango constitucional al hábeas corpus, al amparo y al hábeas data, e incorporó ciertos instrumentos internacionales (art. 75, inc. 22). Ideológicamente, reforzó el segmento constitucional identificado con el Estado social de derecho (art. 75, inc. 19).

En cuanto a la estructura del poder, programó al Ministerio Público como ente extrapoder; autorizó la reelección por un período consecutivo del presidente de la Nación (eje central de la reforma); creó un "jefe del Gabinete de Ministros", especie de ministro coordinador, simplificó el trámite de elaboración de las leyes, constitucionalizó al *ombudsman* ("defensor del pueblo") y la Auditoría General de la Nación; previó un tercer senador para cada provincia y la Ciudad de Buenos Aires, así como la elección popular de los miembros de la Cámara alta; dio autonomía a los municipios y en particular a la Ciudad de Buenos Aires, para la cual convocó a una asamblea que dictó su estatuto organizativo.

En el ámbito judicial, el texto de la reforma quita a la Corte Suprema de Justicia el gobierno del Poder Judicial, confiriéndoselo al Consejo de la Magistratura, a quien le toca administrar dicho Poder, ejercer funciones disciplinarias sobre los jueces, realizar concursos para su preselección y elaborar ternas de candidatos para su posterior remisión al Poder Ejecutivo (los jueces de la Corte Suprema conservan el régimen anterior de nominación, salvo una mayor exigencia en la cantidad de senadores que debe acordarla). También contempló la reforma la posibilidad de que las provincias creen regiones, un sistema de leyes-convenio para la coparticipación de ciertos tributos, etcétera.

En términos generales, la reforma fue, como se dijo, extensa, polémica, no muy coherente con la fisonomía y los anteriores preceptos de la Constitución, y en cierta manera inconclusa, ya que puntos tan vitales como la precisa conformación del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de los magistrados, la organización del Ministerio Público, el régimen de iniciativa y con-

sultas populares, la regulación final de los decretos de necesidad y urgencia, etc., quedaron a merced de leyes de desarrollo constitucional que debe dictar el Congreso, tarea que éste no ha consumado totalmente.

La amplitud de la reforma y el hecho de haber aprobado la Convención un texto ordenado nuevo, con distinta numeración que el anterior, trajo la duda de si se estaba ante una reforma o una nueva Constitución. Algunas de las cláusulas transitorias aprobadas se referían, en efecto, a *esta* Constitución como si fuese una distinta de la anterior. Sin embargo, otras cláusulas emplearon la palabra "reforma", y así fue jurada el 24 de agosto de 1994.

Resta añadir que las objeciones sobre la constitucionalidad del proceso reformista parecen haberse acallado. La Corte Suprema de Justicia, en "Polino", desestimó (bien que por razones de falta de legitimación procesal de los actores) el cuestionamiento sobre el trámite de la ley 24.309 (*LL*, 1994-C-291); y en cuanto al voto en bloque del "paquete" del Pacto de Olivos, la propia Convención aceptó su tratamiento de esa manera.

§ 259. ***Ley 24.430. Dos versiones de la Constitución nacional.*** – El 1° de agosto de 1994, la Convención aprobó un nuevo artículo, provisionalmente numerado 68 bis, que sin embargo –nunca se supo por qué– no se insertó en el texto finalmente ordenado y aprobado por la asamblea, ni en el jurado.

Para salvar tal omisión el Congreso sancionó la ley 24.430, el 15 de diciembre de 1994 (BO, 10/1/95), que estableció un "texto oficial" de la Constitución con el artículo perdido (ahora parte 2ª del nuevo art. 77). De paso, el Congreso hizo retoques de palabras y signos de puntuación en los arts. 31, 42, 55, 75, incs. 2 y 3, y 118.

Si bien esta ley estuvo bien intencionada, y de hecho subsanó errores, lo cierto es que sienta el riesgoso precedente de una modificación del texto constitucional por voluntad del Congreso, que alteró el documento aprobado por la Convención. Por lo demás, circulan en la Argentina los dos textos (el de la Convención y el del Congreso), lo que no habla bien de la seguridad jurídica que impera en el país.

C) Derecho público provincial

1) Caracterización

§ 260. ***Primer ciclo. Constitucionalismo inicial.*** – Interesa reseñar las etapas básicas por las que ha atravesado el derecho constitucional provincial argentino.

La primera, que llamamos del *constitucionalismo inicial*, llega hasta el dictado de la Constitución nacional, en 1853. Se trata de un constitucionalismo rudimentario, poco desarrollado, aunque tenga en algunos casos la virtud de la sinceridad.

Como primera manifestación se detecta, para algunos, el Reglamento provisional, dictado por el general Manuel Belgrano para Misiones (12 de diciembre de 1810), con reglas que incluso son de avanzada en materia de derecho social. Sin embargo, lo más frecuente es asignar al Estatuto Provisorio de 1819, de la provincia de Santa Fe, la condición de primera Constitución local en la Argentina.

Durante ese período se sancionaron alrededor de quince constituciones (ver § 264).

§ 261. ***Segundo ciclo. Constitucionalismo alberdiano.*** – En el tramo 1853-1860, las provincias van dictando sus constituciones conforme a la nacional (el Congreso federal tenía entonces el derecho de revisarlas, a tenor del art. 5° de la Constitución de 1853, y basándose en ello corrigió varios de esos textos).

La mayoría de estas constituciones sigue el modelo elaborado por Alberdi para la Constitución de la provincia de Mendoza. Como característica se constata la presencia de un "poder municipal", junto a los tres poderes clásicos.

El Estado de Buenos Aires, separado de la Confederación, dictó su Constitución el 11 de abril de 1854. Como dato llamativo diremos que incluía una "comisión permanente", en el Poder Legislativo, que actuaba durante el receso de éste, con funciones, entre otras, de "velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes" (art. 65). También declaraba que la asamblea general (for-

mada por las cámaras de Representantes y de Senadores) era la que debía resolver las dudas sobre la interpretación de los artículos de la Constitución.

§ 262. ***Tercer ciclo. Constitucionalismo liberal posterior a la reunificación nacional.*** – Después de 1860, las provincias van dictando nuevas constituciones, de corte ideológico liberal en la mayor parte de los casos, y decae el "poder municipal" alberdiano, aunque se gane en sistematización y técnica jurídicas.

§ 263. ***Cuarto ciclo. Constitucionalismo social.*** – Pueden constatarse aquí diversas manifestaciones.

a) *Constitucionalismo social de vanguardia.* Se perfila en constituciones pioneras (Tucumán, 1907; Mendoza, 1916) y en otras de mayor desarrollo (Santa Fe, 1921; San Juan, 1927, etcétera).

b) *Constitucionalismo justicialista.* Desplegado como consecuencia de la Constitución nacional de 1949, imitada y adaptada por todas las provincias. Aparecen asimismo nuevas provincias (Chaco –que en 1952 adopta una Constitución con una Cámara con representación parcialmente profesional–, La Pampa y Misiones).

Todas estas constituciones fueron derogadas por el gobierno provisional, en 1956, según la proclama que abolió también la Constitución nacional de 1949 (ver § 248).

c) *Constitucionalismo "de las nuevas provincias".* Surge a partir de 1957. Chaco, La Pampa y Misiones adoptan nuevos textos, que se apartan ideológicamente del justicialismo (entonces proscripto), lo mismo que otras nuevas provincias (Río Negro, Chubut, Santa Cruz, Neuquén y Formosa).

El ritmo ideológico es el de un Estado social de derecho, con algunos mecanismos de reciente factura en el derecho comparado (p.ej., el Consejo de la Magistratura, en Chaco y Río Negro), afirmándose también el régimen autonómico de los municipios.

Algunas constituciones provinciales "viejas" se suman a este flujo social (p.ej., Santa Fe, en 1962; Catamarca, en 1965).

d) *Constitucionalismo contemporáneo.* Después de 1983, un importante cupo de provincias corrige sus textos constitucionales,

o dicta otros nuevos. Durante este ciclo se incurre a menudo en el pecado de dictar constituciones demasiado extensas y declamatorias.

Por lo común, se acentúan en ellas las pautas del Estado social de derecho, pero también se asimilan nuevos dispositivos como el *ombudsman*, procesos legisferantes abreviados, tutela de los intereses difusos, derechos "de tercera generación" (honor, imagen, réplica), y con frecuencia se modernizan los sistemas de selección de jueces, mediante los concursos, escuelas judiciales, consejos de la magistratura, etcétera. Algunas constituciones reconocen la existencia de la jurisdicción transnacional (p.ej., Córdoba y San Juan, en cuanto el Pacto de San José de Costa Rica). Río Negro avanza decididamente en el tema de la inconstitucionalidad por omisión.

2) Constituciones provinciales

§ 264. ***Enumeración y modificaciones.*** – En definitiva, las provincias argentinas han sancionado sus propias constituciones. Seguidamente las enumeramos y, además, informamos de las modificaciones posteriores.

a) *Buenos Aires.* Constituciones de 1854 (reformada en 1868), 1873, 1889 y 1934, y la reforma de 1994. La de 1949 fue derogada en 1956.

b) *Catamarca.* Reglamento constitucional de 1823, constituciones de 1855, 1883 (reformada en 1895), 1949 (derogada en 1956), 1965 y 1988.

c) *Chaco.* Constituciones de 1954 (derogada en 1956), 1957 y 1994.

d) *Chubut.* Constitución de 1957 (reformada en 1987) y de 1994.

e) *Córdoba.* Reglamento Provisorio (Longhi lo llamó "Constitución") de 1821; Código Constitucional Provisorio de 1847; constituciones de 1855, 1870, 1883 (con reformas en 1900, 1912 y 1923), 1949 (derogada en 1956) y 1987, reformada en 2001.

f) *Corrientes*. Reglamento Provisorio Constitucional de 1821; constituciones de 1824, y de 1856, 1864, 1889 y 1913, 1949 (derogada en 1956), 1960 y reforma de 1993.

g) *Entre Ríos*. Estatuto Provisorio Constitucional de 1822; constituciones de 1860, 1883, 1903 (reformada en 1909), 1933 y 1949 (derogada en 1956).

h) *Formosa*. Constituciones de 1957, 1991 y 2003.

i) *Jujuy*. Estatuto de 1853; Estatuto Provincial de 1839; Estatuto Provisorio de 1851; constituciones de 1855, 1876 (con reformas en 1893), 1910 (reformada en 1935), 1949 (derogada en 1956), y 1986.

j) *La Pampa*. Constituciones de 1952 (derogada en 1956), 1960 y 1994.

k) *La Rioja*. Constituciones de 1855, 1865, 1909 (reformada en 1933), 1949 (derogada en 1956), y 1986 (reformada en 1986, 1998 y 2002).

l) *Mendoza*. Constituciones de 1854, 1894 (reformada en 1900 y 1909), 1916 (reformada en 1939, 1942 y 1947), 1949 (derogada en 1956), reformas de 1959, 1965 y 1997.

m) *Misiones*. Constituciones de 1954 (derogada en 1956) y 1958 (con reformas en 1964 y 1988).

n) *Neuquén*. Constitución de 1957 y reforma de 1994. Constitución de 2005.

ñ) *Río Negro*. Constituciones de 1957 y 1988.

o) *Salta*. Estatuto de 1821; constituciones de 1855, 1875 (reformada en 1883, 1888 y 1906), 1929, 1949 (derogada en 1956), 1986 y 1998.

p) *San Juan*. Carta de Mayo, 1825. Constituciones de 1856, 1878 (reformada en 1879 y 1912), 1927, 1949 (derogada en 1956) y 1986.

q) *Santa Cruz*. Constituciones de 1957 y 1994.

r) *San Luis*. Reglamento Provisorio de 1832; constituciones de 1855, 1871 (con reformas en 1905, 1927 y 1941), 1949 (derogada en 1956), 1962 y 1987.

s) *Santa Fe*. Estatuto Provisorio de 1819; constituciones de 1841, 1856, 1863, 1872, 1883, 1890 (reformada en 1907), 1921, 1949 (derogada en 1956) y 1962.

t) *Santiago del Estero*. Constituciones de 1856 (reformada en 1864 y 1879), 1884 (reformada en 1903, 1911 y 1923), 1939 (reformada en 1960), 1949 (derogada en 1956), 1987 y 1997. Constitución de 2005.

u) *Tucumán*. Constitución de 1820; Estatuto Provincial de 1852; constituciones de 1856, 1884, 1907, 1949 (derogada en 1956) y 1990. Constitución de 2006.

v) *Tierra del Fuego*. Constitución de 1991.

CAPÍTULO VII

FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

§ 265. *INTRODUCCIÓN.* – Conforme al esquema desarrollado en el § 71, es factible distinguir en la Argentina las siguientes partes del derecho constitucional local:

a) El *formal primario*, integrado por la Constitución de 1853-1860, con sus reformas de 1866, 1898, 1957 y 1994, y ciertos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. nacional).

b) El *informal primario*, formado por normas de derecho constitucional consuetudinario y repentino adosadas o superpuestas a la Constitución formal.

c) El *formal secundario*, compuesto por reglas formales (leyes, decretos, resoluciones, etc.), de naturaleza constitucional, pero sin supremacía.

d) El *informal secundario*, que se conforma con normas consuetudinarias y de derecho repentino sin supremacía.

A) DERECHO CONSTITUCIONAL FORMAL PRIMARIO (CONSTITUCIÓN DE 1853-1860)

§ 266. *VALOR Y TEXTOS DE LA CONSTITUCIÓN.* – Según la Corte Suprema, la Constitución nacional no es otra cosa que el pacto

fundacional de la República ("Unión de Fuerzas Sociales", *Fallos*, 315:71). La ha definido también como instrumento de gobierno ("Peralta", *Fallos*, 313:1513).

Conviene advertir que, entre el texto aprobado por la Convención Constituyente y el ordenado publicar como versión oficial por la ley 24.430, existen ciertas diferencias en seis artículos (ver § 259). En la práctica está alcanzando mayor divulgación el segundo documento.

§ 267. *Antecedentes de la Constitución.* – Cabe distinguir entre *fuentes normativas* y *fuentes doctrinales*, así como entre *antecedentes primarios* (de incidencia directa y significativa) y *secundarios* (de importancia menor y generalmente indirecta).

a) *Fuentes normativas primarias.* Entre ellas cabe citar.

1) El proyecto de Constitución de Alberdi, insertado en la segunda edición de sus *Bases y puntos de partida para la organización política de la Confederación Argentina*, publicado en septiembre de 1852. En esa obra, Alberdi sugiere una constitución concisa, pragmática, "real, natural y posible", de transición, inspirada mayormente en la Constitución de Massachusetts.

Ideológicamente liberal-conservador, propone un gobierno mixto, federativo-unitario, y su esquema es, en términos generales, el adoptado por la actual Constitución.

2) La Constitución argentina de 1826, que influye en más de cuarenta artículos del texto de 1853 (a su vez, aquélla estaba muy influida por la de 1819).

3) La Constitución de los Estados Unidos de América, que incide en aproximadamente la mitad del articulado de la Constitución argentina (en particular, en cuanto a la estructura del Poder).

Algunas sentencias de la Corte Suprema han destacado la filiación estadounidense de muchas partes de nuestra Constitución (p.ej., "Lino de la Torre", *Fallos*, 19:236, y "Merck Argentina", *Fallos*, 211:162), pero en otras se ha subrayado que el mayor valor de la Constitución no está en los textos que adoptó, sino en que ella es "una creación viva, impregnada de realidad argentina" ("Bressani", *Fallos*, 178:9).

4) La Constitución de Chile de 1833, criticada y a la vez elogiada por Alberdi, que se refleja en alrededor de veinticinco artículos del texto de 1853-1860.

5) El Anteproyecto de Gorostiaga, elaborado en el transcurso de las sesiones de la Convención Constituyente de Santa Fe.

6) La ley 24.309, que incluye el llamado Pacto de Olivos.

b) *Fuentes normativas secundarias.* En menor medida recalan en la Constitución de 1853-1860 algunas reglas del proyecto llamado "anónimo" o "de la Asamblea Constituyente" de 1813; el proyecto de la comisión oficial y de la Sociedad Patriótica de la misma asamblea, el Pacto Federal de 1831 y el Acuerdo de San Nicolás.

Entre las fuentes extranjeras de segundo orden, deben incluirse la Constitución española de Cádiz de 1812, las de Francia de 1793 y 1848, la Constitución suiza de 1848, la de Uruguay de 1830, y la venezolana de 1811.

c) *Fuentes doctrinales.* Fuera de las ya célebres y decisivas *Bases* de Alberdi, se ignora la relevancia que han tenido otros libros y autores en el Congreso Constituyente de Santa Fe. En Alberdi inciden, por ejemplo, estudios de Pellegrino Rossi y de Esteban Echeverría.

§ 268. *Características de la Constitución.* – La estructura de la Constitución es la siguiente: tiene un preámbulo y un cuerpo, dividido éste en partes, títulos, secciones y capítulos, seguido de disposiciones transitorias, conforme al cuadro sinóptico de página siguiente.

a) *Dispersa.* Se trata de una constitución inicialmente *codificada*, vale decir, *escrita* y *sistematizada*, con pretensiones de *unicidad*, a la que se adosaron las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Sin embargo, esta última dio jerarquía constitucional, en su art. 75, inc. 22, a una serie de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y ha previsto que otros tratados y convenciones sobre derechos humanos, aprobados por el Congreso con una mayoría calificada de los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada cámara, tengan también en el fu-

turo jerarquía constitucional, hipótesis concretada ya en dos oportunidades (§ 293).

Por ello, bien puede rotularse a la actual Constitución argentina como *dispersa*, en sentido estricto, *no codificada*.

b) *Extensa*. El anterior texto de 1853-1860, corto, de ciento diez artículos, fue reemplazado en 1994 por otro mucho más amplio en número de artículos y extensión (la Constitución creció en un 70%), a lo que cabe agregar los instrumentos actuales y futuros con nivel constitucional, según el art. 75, inc. 22.

c) *Cronológicamente mixta*. La Constitución conserva segmentos del texto de 1853-1860 decididamente antiguos, inspirados en concepciones doctrinales típicamente decimonónicas. A su vez, las reformas de 1957 y 1994 han introducido dispositivos y nuevos derechos que no siempre empalman con el esquema constitucional preexistente.

En definitiva, la Constitución tiene tramos viejos y tramos muy modernos, circunstancia que obliga a sus operadores a realizar una inteligente y obligada labor de compatibilización entre ambos.

d) *Relativamente rígida*. La Constitución de 1853-1860 es de difícil reforma, ya que su art. 30, si bien permite modificarla en *todo* o en *cualquiera* de sus partes, demanda un proceso *preconstituyente* en el Congreso, donde debe declararse la necesidad de reforma, con los dos tercios de votos de cada cámara, y otro *constituyente* mediante una asamblea especial, sistema que, históricamente, ha desalentado las enmiendas.

Ahora bien, como la reforma de 1994 da jerarquía constitucional a ciertos futuros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, aprobados por el Congreso con una mayoría calificada de votos, eso quiere significar que estas nuevas normas internacionales (§ 293) deben tener el mismo valor que las actuales en la Constitución, por voluntad del Poder Legislativo y del Ejecutivo, al aprobar esos tratados o convenciones. En síntesis, la Constitución es potencialmente flexible.

§ 269. ***Fines de la Constitución. Preámbulo.*** – El texto constitucional enuncia expresamente algunos objetivos en su Preámbulo y en su cuerpo.

a) *Constituir la unión nacional*. Directriz que satisface una meta *histórica concreta* (reunir un país entonces disperso en catorce provincias), erigiendo un Estado federal; y una meta *permanente*: consolidar un sistema nacional perpetuo y asegurar la supervivencia de la sociedad argentina ("Peralta", *LL*, 1991-C-158).

b) *Afianzar la justicia*. En un doble sentido: realizar el *valor* justicia y tutelar una recta administración de ésta. Como consecuencia, se desprende la inconstitucionalidad de normas y sentencias injustas.

c) *Consolidar la paz interior*. Propósito destinado a concluir con décadas de guerra civil. La Constitución habla de "paz", concepto más exigente que el mero "orden", ya que la paz requiere *legitimidad* o justicia en el orden.

d) *Proveer a la defensa común*. Fin que complementa al anterior, ya que obliga a adoptar las medidas necesarias para repeler agresiones exteriores y custodiar la seguridad colectiva.

e) *Promover el bienestar general*. Objetivo de suma importancia, ya que, como vimos, significa para la Corte Suprema declarar el *bien común* como fin del Estado (el art. 75, inc. 2, habla de "bien general" del Estado; ver § 62).

f) *Asegurar los beneficios de la libertad*. Esto se proclama "para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino". La Constitución adopta, así, enfáticamente, una definición *antiautoritaria* y *antitotalitaria*.

§ 270. ***Fines extrapreambulares.*** – El texto del cuerpo de la Constitución aborda también otros objetivos, o *políticas* (programas de acción).

a) *Afianzamiento de las relaciones con las naciones extranjeras (artículo 27)*. En consonancia con el fin preambular de la paz.

b) *Progreso y prosperidad*. Políticas de "fomento", tanto de la Nación como de las provincias. Como metas precisas, en tal sentido, la Constitución proyecta la reforma de la legislación y el apoyo a la inmigración (arts. 24 y 25), la promoción de la in-

dustria, construcción de ferrocarriles y canales, colonización de tierras, importación de capitales, explotación de los ríos, entre otras (arts. 75, inc. 18, y 125).

La reforma de 1994 ha añadido como políticas de fomento el progreso económico con justicia social, proveer a la productividad de la economía nacional (art. 75, inc. 19), el desarrollo humano (arts. 41 y 75, inc. 19), el crecimiento armónico del país y el poblamiento del territorio (art. 75, inc. 19), la defensa del valor de la moneda, la generación de empleos y el desarrollo científico y tecnológico (art. 75, inc. 19).

c) *Políticas de protección*. De los trabajadores y de la familia (arts. 14 bis y 75, inc. 19), de los usuarios y consumidores (art. 42), de los indígenas (art. 75, inc. 17), de los niños, mujeres, ancianos y discapacitados, y en particular de la mujer embarazada y del por nacer (art. 75, inc. 23); de la educación; de la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras de autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales (art. 75, inc. 19).

d) *Políticas territoriales*. Como la de recuperación de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur, establecida por la primera disposición transitoria complementaria a la Constitución.

§ 271. ***Jerarquía de los fines de la Constitución.*** – Aunque los objetivos del Preámbulo y del cuerpo de la Constitución habitualmente no se contradicen, lo cierto es que cabe compatibilizar entre sí todas esas metas, como los valores enunciados en la misma Constitución. En ciertos momentos, además, habrá que privilegiar un objetivo sobre otro (caso de la colisión entre principios y metas como libertad, seguridad, justicia, propiedad, etcétera).

La respuesta a esos conflictos dependerá del *techo ideológico* que enuncie la Constitución.

§ 272. ***Ideología. Los valores de la Constitución.*** – ¿Cuáles son los valores *expresos* de la Constitución, es decir, los explícitamente enunciados en su texto? Un listado que resumiese sus principales fines y principios mostraría la siguiente tabla:

Bien general del Estado: art. 75, inc. 2.
Bienestar general: Preámbulo.
Defensa: Preámbulo, arts. 21 y 75, inc. 2.
Democracia: arts. 36, 38 y 75, inc. 19.
Dignidad de la persona: art. 42.
Eficiencia: art. 42.
Equidad: art. 75, incs. 2 y 19.
Ética pública: art. 36.
Honor: art. 29.
Idoneidad: art. 16.
Igualdad: arts. 15, 16, 37, 43 y 75, incs. 2, 19 y 23.
Justicia: Preámbulo, arts. 112 y 125.
Justicia social: art. 75, inc. 19.
Libertad: Preámbulo, arts. 14, 14 bis, 15, 20, 26 y 32.
Moral pública: art. 19.
Necesidad y urgencia: arts. 4, 99, incs. 3 y 14.
Orden: arts. 19, 23, 36 y 99, inc. 12.
Orden institucional: arts. 21 y 36.
Patria: art. 21.
Paz: Preámbulo, arts. 27 y 75, incs. 25 y 27.
Progreso y prosperidad: arts. 75, incs. 18 y 19, 99, inc. 9, y 125.
Salud: art. 42.
Seguridad: arts. 18 y 42.
Seguridad común: art. 75, incs. 2 y 16.
Seguridad social: art. 14 bis.
Soberanía popular: arts. 33 y 37.
Unión nacional: Preámbulo.
Utilidad: arts. 4°, 17 y 125.
Verdad: art. 42.
Vida: arts. 29 y 75, inc. 2.

A la inversa de las constituciones con techo ideológico relativamente uniforme, la Constitución argentina tiene una composición ideológica múltiple, tributaria, al menos, de tres vertientes principales.

a) *Techo ideológico liberal individualista*. Dictada al promediar el siglo XIX, la Constitución *no podía* dejar de ser liberal en muchos de sus aspectos. Se concreta en el enunciado una amplia gama de derechos personales, como ocurre en el art. 14, en el art. 18, y concluye con el reconocimiento del derecho de propiedad, declarada "inviolable" (art. 17).

b) *Techo neotomista*. Pero otros aspectos de la Constitución se vinculan al tradicionalismo hispano de base teísta y aristotélico-tomista (Sampay). El Preámbulo, por ejemplo, propone también "afianzar la justicia" y "promover el bienestar general" (que, al decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es "el bien común de la filosofía clásica"; "Quinteros", *Fallos*, 179:113).

Por lo demás, Dios es mencionado en el Preámbulo como "fuente de toda razón y justicia", y en el art. 19, donde también se alude a los valores *moral* y *orden público*, caros al pensamiento neotomista.

c) *Techo ideológico social*. La reforma de 1957 incorporó a la Constitución cuestiones del constitucionalismo democrático-social (ver § 7).

Inspirada en la Constitución italiana de diez años atrás, esa reforma impuso en la ley suprema el salario mínimo, vital y móvil; impulsó la participación de los trabajadores en la dirección y ganancias de las empresas, etcétera.

El miembro informante, Jaureguiberry, aclaró que el constitucionalismo social que animaba la enmienda se basaba en los conceptos de justicia social y de función social del trabajo, aunque le negó carácter clasista.

A su vez, la reforma constitucional de 1994 teóricamente no debía alterar el techo ideológico preexistente, ya que el art. 7° de la ley 24.309 dispuso explícitamente que la asamblea constituyente no podía introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución nacional.

Sin embargo, se produjeron "contrabandos ideológicos" cuando, so pretexto de tratar algún tema para el que estaba habilitada la Convención, indirectamente se retocaban reglas de su primera parte. Así, la reforma robusteció el techo ideológico propio del

Estado social de derecho, al afirmar, por ejemplo, los principios de justicia social (art. 75, inc. 19), de igualdad real de oportunidades (arts. 37, 43 y 75, incs. 19 y 23), propiciar políticas de generación de empleos y formación de los trabajadores, etcétera.

La reforma de 1994 instrumentó también mecanismos de democracia participativa (iniciativa popular de leyes, consultas populares) y canalizó la elección popular directa del presidente y de los senadores, todo ello reforzando el techo social de la Constitución.

§ 273. ***Conflicto ideológico en la jurisprudencia de la Corte Suprema.*** – Distintos fallos de la Corte Suprema han hecho prevalecer, en momentos diferentes, diversos techos ideológicos. En "Quinteros c/Compañía de Tranvías", el alto tribunal reconoció que la Constitución era *individualista*, pero que también se proponía afirmar el *bienestar general*, "el bien común de la filosofía jurídica clásica", y dio primacía a este último, declarando la constitucionalidad de ciertas leyes que otorgaban beneficios laborales (*Fallos*, 179:113). En "Avico c/De la Pesa" priorizó también el valor bienestar general sobre los de libertad y propiedad (*Fallos*, 172:29).

En "Fernández Orquín" postuló una interpretación *concertada* entre el techo ideológico liberal y el social implantado por el nuevo art. 14 bis, sin indicar cuál de ellos tenía que triunfar (*Fallos*, 264:416).

Al contrario, en "Berçaitz", la Corte Suprema dijo que el objetivo preeminente de la Constitución era lograr el bienestar general, "es decir, la justicia en su más alta expresión, la *justicia social*" (*Fallos*, 289:430; ver, también, "Aquino", *Fallos*, 327:1753).

§ 274. ***Vías de superación del techo ideológico múltiple.*** – El constitucionalista debe asumir las contradicciones ideológicas de una constitución (ver § 40). De haberlas, como las hay en la argentina, el principio constitucional de *funcionalidad* (ver § 17) aconseja, en lo posible, moderar tales oposiciones.

De todos modos, si ante un conflicto ideológico es insoslayable escoger una sola opción, uno de los caminos de superación consiste en privilegiar el *último* techo ideológico asumido por una constitución (al estilo, p.ej., de la solución *lex posterior dero-*

gat priori), con lo que habría que interpretar la Constitución argentina de acuerdo con la visión propia del Estado social de derecho.

§ 275. ***Eficacia de la Constitución. Categorización formal: tramos de eficacia restringida.*** – En la doctrina argentina tradicional existen dos tipos de cláusulas constitucionales, en cuanto a su ejecución: de eficacia *restringida* y de eficacia *plena*. Esta clasificación es de tipo formal (es decir que en el ámbito de la realidad constitucional la respuesta puede ser distinta).

Las partes de eficacia restringida serían aquellas cuya efectivización dependería discrecionalmente de la voluntad de los operadores de la Constitución (en particular, legisladores y presidente); es decir, que éstos las cumplan en el tiempo y del modo que libremente adopten. Tales serían las frases del Preámbulo y las "normas programáticas".

Los sectores de eficacia (formal) plena serían las demás cláusulas de la Constitución.

Actualmente se tiende a otorgar eficacia plena a prácticamente todos los sectores de la Constitución.

§ 276. ***Valor jurídico del Preámbulo.*** – Algún sector de la doctrina ha sostenido que el Preámbulo no integra la Constitución y carece de contenido normativo (Bielsa).

Sin embargo, el Preámbulo cumple jurídicamente los siguientes papeles.

a) *Integra la Constitución.* Puesto que está insertado en ella por el constituyente, como su prólogo o introducción.

b) *Sanciona la Constitución.* Pues, en su parte final, indica: "ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución"; es decir, que la *sanciona*.

c) *Adopta una doctrina del poder.* En segundo término, al invocar a Dios ("fuente de toda razón y justicia"), el Preámbulo asume una postura *teísta*, reconoce la fuente divina de la autoridad humana e impone límites a ésta (la ley divina y la ley natural derivada de aquélla).

d) *Ratifica los pactos preexistentes.* Así lo indica, de modo expreso, el Preámbulo, ya que la Constitución se dicta "en cumplimiento de pactos preexistentes". Esto significa que el poder constituyente argentino está condicionado por ciertos convenios y tratados previos a la Constitución.

e) *Interpreta la Constitución.* En el sentido de que sus cláusulas deben entenderse en consonancia con los fines y objetivos del Preámbulo, y viceversa.

f) *Marco de constitucionalidad de las normas subconstitucionales.* En tal sentido, la Corte Suprema ha puntualizado que las grandes metas políticas de la Constitución están fijadas en el Preámbulo, y que cabe al Poder Judicial evaluar la razonabilidad de las normas dictadas para lograr aquéllas ("Nordensthol", *Fallos*, 307:326); y que los principios de cooperación, solidaridad y justicia están "normativamente comprendidos en la Constitución" ("Maurizio", *Fallos*, 305:614). En otras sentencias ha resuelto casos aplicando normas del cuerpo de la Constitución y del Preámbulo. Así, en "Portillo", en materia de objeción de conciencia, donde se basa en los arts. 14, 20, 21 y en las frases preambulares sobre la necesidad de proveer a la defensa común y asegurar los beneficios de la libertad (CSJN, *Fallos*, 312:496).

§ 277. ***Valor jurídico de las cláusulas programáticas.*** – La Constitución argentina cuenta con cláusulas de tipo programático (ver sobre tales normas en § 95 y 96). Ejemplo de ello son varios tramos del art. 14 bis, concernientes a la participación de los trabajadores en las ganancias y dirección de las empresas, el seguro social obligatorio, protección de la familia, protección de la propiedad intelectual (art. 17), programación del juicio por jurados (arts. 24, 67, inc. 11, y 102), etcétera.

Sobre el vigor jurídico de estas cláusulas, el alto tribunal ha sentado jurisprudencia no siempre unánime. En algunos casos sostuvo que eran "directivas trascendentales para la inteligencia del derecho positivo vigente, respecto de las cuales los jueces no pueden desentenderse" ("SA Comercial Staudt y Cía.", *Fallos*, 229:368), mientras que en otros entendió que eran declaraciones teóricas, que no originaban "prestaciones positivas del Estado" (ver dictamen del procurador general, en "Cantarini", *Fallos*, 237:272).

En "Mulhall", con referencia a la instrumentación del juicio por jurados, la Corte Suprema había puntualizado que la ejecución del precepto constitucional quedaba a criterio discrecional del Congreso (*Fallos*, 115:92).

Pese a ello, ante la presencia de una *obligación* constitucional para el Congreso o el presidente, de dictar las normas que instrumenten una cláusula constitucional programática de cumplimiento obligatorio (ver § 95) cabe constatar que la mora en hacerlo es un caso de inconstitucionalidad *por omisión* (Bidart Campos), que puede, en ciertos supuestos, ser suplida por el Poder Judicial (ver § 96).

Por lo demás, las reglas programáticas de la Constitución no pueden valer menos que las del Preámbulo, de tal modo que también sirven como regla de interpretación de aquéllas, así como marco de constitucionalidad de las normas subconstitucionales (ver § 276, e y f).

§ 278. ***Valor jurídico de las normas constitucionales de eficacia formal plena.*** – ¿Qué ocurre con el resto de las normas constitucionales no incluidas en el Preámbulo o en las cláusulas programáticas, es decir, con aquellas que formalmente tienen plena eficacia? La respuesta a esta pregunta está dada por la dimensión fáctica (o de la realidad social) del derecho constitucional argentino, donde pueden hallarse estos tipos de normas. Allí se encuentran varios supuestos de ineficacia.

a) *Normas derogadas irregularmente, por desuetudo.* Es decir, por la costumbre *contra constitutionem*, del derecho informal; por ejemplo; la exigencia de dos mil pesos fuertes para desempeñarse como presidente, vicepresidente, senador o miembro de la Corte Suprema (arts. 55, 89 y 111); la prohibición para el Poder Ejecutivo de asumir roles judiciales (art. 109), ante la aparición y aceptación por la Corte Suprema de múltiples tribunales administrativos, etcétera.

b) *Normas derogadas por derecho subconstitucional.* Es el caso del art. 2° de la ley 48, que eliminó del art. 116 de la Const. nacional la competencia federal para conocer en procesos criminales contra extranjeros, ya que ciñó dicha competencia solamente a las causas civiles, como lo hizo después el art. 111 de la ley 1893.

c) *Normas incumplidas.* Son las que todavía no se pueden considerar como derogadas por desuetudo, como el art. 53, que dispone el juicio político por "mal desempeño", nunca ejercido por la Cámara de Diputados respecto de algún presidente o ministro.

d) *Normas pervertidas.* Como los arts. 4° y 75, inc. 4, que autorizan a contraer empréstitos, utilizados para imponer el "ahorro forzoso" –una suerte de empréstito involuntario para los particulares–; el art. 105, cuando prohíbe a los ministros desempeñarse como senadores o diputados sin previa dimisión (ya que, en la práctica, eso se sortea con licencias en el cargo legislativo).

e) *Normas transferidas.* Total o parcialmente, de un sector constitucional a otro, generalmente por delegación de competencias. Así, la facultad del Congreso de fijar el valor de las monedas extranjeras (art. 75, inc. 11), desplazada a órganos (Banco Central) situados en la órbita del Poder Ejecutivo.

B) Derecho constitucional informal primario

§ 279. ***Reglas de derecho consuetudinario.*** – En la Argentina existen numerosas normas de derecho consuetudinario constitucional, porque la Constitución es en parte antigua, circunstancia que explica la necesidad de actualizarla y complementarla. Ese derecho consuetudinario ha sido, según los casos, positivo o negativo.

Así, por ejemplo, la existencia de leyes secretas convalidadas incluso por jurisprudencia de la Corte Suprema; y del mismo modo, la admisión de los "indultos anticipados" (antes de haber sentencia condenatoria contra el indultado), la aceptación como constitucional del Código Aeronáutico, pese a no estar incluido en el art. 75, inc. 12, etcétera.

§ 280. ***El derecho repentino.*** – Ha originado también reglas de derecho constitucional (ver § 148). Así, el decreto de 1868 que permitió al gabinete hacerse cargo del Poder Ejecutivo, ante la muerte del vicepresidente en ejercicio, la ausencia del presidente Mitre (en Paraguay), y la falta de una ley de acefalía que regulase el problema.

11. Sagüés, *Manual*.

C) Derecho constitucional formal secundario

§ 281. *Leyes y normas complementarias de la Constitución.* Entre las denominadas "normas constitucionales", en el sentido de que, sin tener supremacía constitucional, complementan de modo directo a la Constitución organizando los poderes del Estado o regulando puntos vitales del derecho constitucional, pueden citarse a las leyes de ministerios (22.520 y sus modificatorias); de organización del Poder Judicial de la Nación (decr. ley 1285/58 y modificatorias); reglamentos internos de las cámaras de Diputados y de Senadores, etcétera.

Estas leyes complementarias de la Constitución se denominan a menudo *normas de desarrollo constitucional*, y son frecuentes en la reforma de 1994, que delega en el Poder Legislativo (a veces requiriendo mayorías calificadas para su sanción) la regulación del Consejo de la Magistratura (art. 114), el jurado de enjuiciamiento de magistrados inferiores a la Corte Suprema (art. 115), etcétera.

D) Derecho constitucional informal secundario

§ 282. *Reglas vigentes.* – Algunas veces, los operadores de la Constitución elaboran normas (sin supremacía constitucional), complementarias u opuestas al derecho constitucional secundario.

§ 283. *La cuestión en nuestro medio.* – En el caso argentino puede mencionarse la creación, por parte de la jurisprudencia, del recurso extraordinario por sentencia arbitraria y la apelación *per saltum*, no previstas en el art. 14 de la ley 48, que crea el recurso extraordinario federal, un dispositivo complementario de la Constitución, para asegurar su supremacía (ver § 327 y siguientes).

E) Supremacía (jerarquía de las fuentes)

§ 284. *Introducción.* – El asunto que nos ocupa incluye varios temas.

a) Las relaciones entre el derecho constitucional primario formal (la Constitución escrita) y el derecho constitucional primario informal (derecho consuetudinario y repentino adosados a la Constitución formal).

b) Las relaciones entre el derecho constitucional primario y el secundario (formal e informal).

c) Las relaciones entre sí de normas de derecho constitucional secundario (p.ej., entre leyes y tratados internacionales).

d) Las relaciones entre las normas de derecho constitucional (primario y secundario) nacional, con el derecho provincial.

Analizaremos estas cuestiones en los parágrafos siguientes.

§ 285. *Supremacía del derecho constitucional formal primario (la Constitución). Bases constitucionales.* – Las razones que avalan este orden jerárquico son las que analizamos a continuación.

a) El art. 31 de la Const. nacional, que dice: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...".

b) El art. 30 que prevé un sistema rígido de reforma constitucional, de tal modo que la Constitución no puede válidamente ser alterada (desde el punto de vista formal) por normas inferiores a ella. Si hay *rigidez*, hay *supremacía*.

c) El art. 28 cuando proclama: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio", con lo que se subraya que el derecho constitucional secundario (proveniente de leyes, decretos, resoluciones, etc.), no está autorizado para ir contra el derecho constitucional primario.

d) La jurisprudencia de la Corte Suprema reitera la supremacía de la Constitución "fuera de la cual no cabe esperar sino la anarquía o la tiranía" ("Prov. de Santiago del Estero c/Copegmo", *Fallos*, 198:80).

e) El nuevo art. 43 de la Const. nacional permite al juez que decida un amparo, declarar la inconstitucionalidad de normas, con lo que da a entender que la Constitución es la ley suprema.

Esta supremacía formal cede (y, por ende, es relativa) cuando la infracción a la norma constitucional primaria no es reparada por los órganos de control de la Constitución, y en los casos en que una norma constitucional formal es desplazada por una regla de derecho consuetudinario constitucional, según veremos posteriormente.

§ 286. ***Relaciones entre el derecho constitucional formal primario y el derecho constitucional informal primario.*** – En este supuesto, puede no existir conflicto. Por ejemplo, si una norma de derecho constitucional consuetudinario primario *complementa*, sin oponérsele, a la Constitución formal.

El litigio se presenta cuando la regla consuetudinaria *se opone* a la Constitución. Si realmente hay derecho consuetudinario él prevalece, por la simple razón de que los operadores de la Constitución (poderes del Estado) efectivizan a la norma consuetudinaria por sobre la regla constitucional formal. El caso más significativo, tal vez, sea la presencia de más de un centenar de leyes secretas, y sin embargo convalidadas por jurisprudencia de la Corte, que, en consecuencia, las ha habilitado (caso "Cámara Federal en lo Penal de la Nación", *Fallos*, 286:62). En 2006 se ha dispuesto su publicación por ley 26.134.

§ 287. ***Supremacía del derecho constitucional formal primario sobre el formal secundario.*** – Desde luego, la Constitución formal es superior a las leyes y demás normas formales, a las que regula tanto en cuestiones *de forma* (cómo deben dictarse: art. 77 y ss., referidos a "la formación y sanción de las leyes"), como en cuestiones *de contenido*.

Ahora bien: puede ocurrir que una norma de derecho constitucional formal secundario se oponga a la Constitución nacional y que, sin embargo, no sea declarada inconstitucional por los órganos (generalmente judiciales) de control de supremacía constitucional.

En tal hipótesis, se produce una suerte de "convalidación" de la norma inferior opuesta a la Constitución, al fallar el régimen de control de constitucionalidad, o un caso de "habilitación" de la norma inconstitucional (ver § 17, d). Más todavía: de mantenerse

esa situación en el tiempo, es factible que aquella norma inferior que contradice a la Constitución, y que sin embargo mantiene plena vigencia, adquiera rango de norma de derecho consuetudinario constitucional de tipo primario; es decir, que se superponga y hasta modifique la misma Constitución formal.

§ 288. ***Supremacía constitucional en caso de cambio de Constitución.*** – Ya hemos visto el problema en el ámbito general del derecho constitucional (ver § 80). Si una constitución guarda silencio sobre el tema, cabe pensar que las leyes anteriores a una reforma constitucional, opuestas a ésta, quedan tácitamente derogadas por la reforma, en virtud del principio de supremacía constitucional.

La Corte Suprema, al tratar el cambio de la Constitución de 1853 por la de 1949, resolvió en "Bagman Comercial" y en "Conci Monasterolo" que las leyes anteriores a la Constitución de 1949 no fueron derogadas por ésta "sino en la medida en que sean contradictorias con sus preceptos" (*Fallos*, 217:456, y 223:156). La doctrina es acertada.

§ 289. ***Posición jerárquica del tratado internacional.*** – El art. 31 de la Const. nacional menciona a los tratados internacionales como "ley suprema de la Nación", después de la Constitución y de las leyes.

Conviene aclarar que con la expresión *tratados* se involucra a todos los acuerdos, pactos, convenios y convenciones internacionales, escritos o no escritos. Nos remitimos, en materia de derecho constitucional general, al § 135 y siguientes.

§ 290. ***El tratado ante la Constitución.*** – En nuestro país, casi toda la doctrina sostiene que los tratados internacionales deben subordinarse a la Constitución, ya que el art. 27 de ésta los promueve siempre "que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución". También así lo ha indicado la Corte Suprema ("Chantrain", *Fallos*, 208:86, y "Cabrera", *Fallos*, 305:2150).

Sin embargo, el panorama ha cambiado después de que la ley 19.865 aprobó la Convención de Viena sobre los tratados. Ella dispone que un Estado no podrá invocar las disposiciones de su

derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (art. 27), salvo que se hubiese violado de modo manifiesto una norma de importancia fundamental de ese derecho interno, concerniente a la competencia para celebrar tratados (art. 46).

Como consecuencia de ello, la Argentina no podría eximirse del cumplimiento de un tratado alegando que es inconstitucional, *salvo* que invocase un vicio constitucional manifiesto en materia de competencia para celebrarlo. Es decir que los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena han afectado las posibilidades de impugnación por inconstitucionalidad de un tratado.

La Corte Suprema, en "Ekmekdjian", ha sostenido que el art. 27 de la Convención de Viena "impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria" (*LL*, 1992-C-543), no exceptuando de tal primacía a la propia Constitución, con lo que se embandera en el *monismo* (ver § 137). En "Fibraca" el alto tribunal restringió la doctrina de "Ekmekdjian c/Sofovich", y dijo que el cumplimiento obligatorio de los tratados por parte de la Argentina, lo era una vez respetados por esos tratados los principios de derecho público de la Constitución (*JA*, 1993-IV-471).

Desde luego, la Argentina podría –de todos modos– negarse de hecho a cumplir un tratado internacional, alegando que es inconstitucional por razones ajenas a las mencionadas en los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena. Esto importaría, sin embargo, una grave lesión a los principios internacionalistas de *buena fe* y de *cumplimiento* de los tratados (*pacta sunt servanda*), y además originaría responsabilidades internacionales (patrimoniales y de otro tipo) para la República.

Otra cuestión interesante se presenta si un tratado se conforma a una constitución, y luego ésta cambia, resultando el tratado (como consecuencia de esa reforma) inconstitucional.

En el caso argentino, la Convención de Viena impediría invocar a la Constitución para eximirse del cumplimiento del tratado, por las razones ya indicadas (arts. 27 y 46, Convención).

§ 291. ***Situaciones especiales. Guerra.*** – La doctrina tradicional de la Corte Suprema era que "la Constitución es un estatuto para regular y garantir las relaciones y los derechos de los

hombres que viven en la República tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra" ("Compañía Azucarera Tucumana", *Fallos*, 150:150). Pero en "Merck Química Argentina", el voto mayoritario dijo que el art. 27 de la Const. nacional "no aparece como rigiendo para el estado de guerra", donde cabe "cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que puedan estar animados" (*Fallos*, 211:162). La conclusión de la Corte Suprema, en el sentido de que si hay "guerra en causa propia" el tratado prevalece siempre sobre la Constitución, ha sido sumamente criticada por la doctrina, aunque ahora cabe empalmar la tesis indicada con lo dicho en el parágrafo anterior, referente a la Convención de Viena, sobre los tratados, y la doctrina del caso "Ekmekdjian".

§ 292. ***Caso de los tratados "constitucionalizados".*** – Con un criterio por cierto discutible, aunque registra como antecedente el art. 105 de la Const. del Perú de 1979, la reforma de 1994 dio jerarquía constitucional, en su art. 75, inc. 22, a los siguientes instrumentos internacionales: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. El mismo inciso añade que tales instrumentos tienen nivel constitucional "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". Por ley 24.820 se incorporó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y por ley 25.778, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

En definitiva, esos documentos no se encuentran solamente *sobre las leyes*, como cualquier tratado (ver § 295); también están

en el mismo plano que la Constitución, aunque estrictamente, desde el punto de vista formal, no se inserten en ella. Pero tal jerarquización tiene, según el aludido inc. 22, dos requisitos.

a) Su rango constitucional lo es "en las condiciones de su vigencia", vale decir, al día en que fueron asimilados por la Convención a la Constitución. Habrá que meritar, entonces, las reservas, declaraciones interpretativas, salvedades o demás excepciones realizadas por la Argentina al ratificar tales instrumentos.

b) No derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución y son complementarios de ella. Esta frase ha dado lugar, como no podía ser menos, a un intenso debate que nace del seno mismo de la Convención de 1994. En efecto, allí el despacho mayoritario, a la postre aprobado en el recinto, tuvo dos miembros informantes (los convencionales Barra y Juan P. Cafiero). Ambos entendieron, desde luego, que los operadores de la Constitución debían compatibilizar los instrumentos "constitucionalizados" con el resto de la Constitución; pero, de haber conflicto, el primero consideró que debía darse primacía a los arts. 1° a 35 de la Constitución (que no podrían ser alterados por la Convención Constituyente, según el art. 7° de la ley de convocatoria 24.309), mientras que el segundo juzgó que debía prevalecer aquel precepto (de la Constitución o del instrumento internacional), que mejor tutelase a la persona ("Diario de Sesiones", p. 2836 y 2857, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 5184 y 5197).

En concreto, cabe reiterar que en lo posible debe practicarse una exégesis armonizante entre los "nuevos" derechos de cuño internacional y los de la Primera Parte de la Constitución (arts. 1° a 35), como, en rigor de verdad, con todas las partes de ella, conforme las pautas de la interpretación orgánica o sistemática de la Constitución (ver § 840).

De haber diferencias entre los derechos señalados y los derechos emergentes del art. 75, inc. 22, nada impide que se resuelva en pro del hombre, en base al principio del "mejor derecho" (también llamado *pro homine*), siempre que eso no implique *atacar* o *perjudicar* alguno de los preceptos, ya referidos, de la Primera Parte (Capítulo Primero), de la Constitución. A ello contribuye la redacción del nuevo art. 75, inc. 22, que hace una salvedad concreta en favor de esos preceptos.

Por último, si hay oposición entre los derechos humanos emergentes del art. 75, inc. 22, y otro segmento de la Constitución (fuera de los citados arts. 1° a 35) y no es posible una interpretación armonizante, deben priorizarse los derechos emergentes del art. 75, inc. 22. Ello surge igualmente del propio texto de éste, por el argumento a contrario sensu: conforme a éste, los derechos de fuente internacional referidos, no pueden afectar los insertados en el antiguo texto, Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución. Por ende, sí podrían eventualmente modificar las restantes partes de ella.

En "Petric" (*LL*, 1998-C-284), la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió compatibles el art. 14 de la Const. nacional (cuando enuncia el derecho a publicar ideas sin censura previa), con el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, que asegura el derecho de réplica, rectificación o respuesta (ver § 955), ya que se trata de armonizar la libertad de expresión con el derecho de las personas a su dignidad y honor.

Una tesis, seguida, por ejemplo, por tres jueces de la Corte Suprema en "Chocobar" (*JA*, 1997-II-550), por cuatro en "Monges" (*LL*, 1997-C-143) y por dos en "Petric" (*LL*, 1998-C-284), y que puede bautizarse como la doctrina de la *verificación* o de la *comprobación*, afirma que el constituyente de 1994 ya hizo su juicio de compatibilidad entre la Constitución y los tratados constitucionalizados por el actual art. 75, inc. 22, admitiendo su armonía, motivo por el cual los poderes constituidos, incluido el Judicial, no pueden discutir tal decisión constituyente.

Conviene atender que alguna doctrina ha sostenido que la Convención Constituyente de 1994 no pudo válidamente haber conferido dignidad constitucional a los documentos mencionados por el nuevo art. 75, inc. 22, ya que según el art. 31 los tratados se encuentran bajo ella (tesis tradicional), y no en paridad con ella, y tal art. 31 era inmodificable por la Convención, atento lo dispuesto por el art. 7° de la ley de convocatoria 24.309.

Sin embargo, cabe observar aquí que el constituyente estaba habilitado para debatir el tema de la jerarquía de los tratados internacionales, según expresa y específica previsión de la ley de convocatoria 24.309 (art. 3°, punto I), y tal cláusula concreta y particular justifica la decisión que adoptó sobre el tema.

§ 293. *Caso de los tratados "a constitucionalizar".* – El mismo art. 75, inc. 22, prevé la hipótesis de que "los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

Aunque la Constitución nada dice sobre el rango jerárquico de estos futuros tratados o convenciones con relación a la primera y segunda parte de la Constitución, cabe suponer, analógicamente, que están en igual condición que los tratados ya constitucionalizados por el segundo párrafo del referido inc. 22. Esto es, que no podrán afectar normas de los arts. 1° a 35 de la Constitución, y que son complementarios de ellos. Además, que tienen jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia".

Si un tratado de este tipo no logra en la segunda votación la mayoría de votos exigida por el inciso que comentamos (ver sobre este trámite § 695), vale de todas maneras como tratado común, es decir, que es superior a las leyes (art. 75, inc. 22, párr. 1°). Ello se desprende también del informe del convencional Barra.

En 1997, el Congreso dio jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que antes había sido aprobada por la ley 24.556. A ese fin, el Poder Legislativo optó por seguir el trámite de una ley especial (ley 24.820), aprobada según las mayorías requeridas por el art. 75, inc. 22, de la Const. nacional. El Congreso bien pudo haber conferido aquel rango constitucional a la referida Convención mediante resoluciones de ambas cámaras, siempre con la mayoría calificada de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, pero optó por hacerlo mediante una ley, lo que importa darle intervención en el proceso de constitucionalización de un tratado al Poder Ejecutivo, que, por ejemplo, podría vetarla.

En 2003, la ley 25.778 otorgó rango constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad (ONU, 1968).

La facultad del Congreso de ampliar, bajo ciertas condiciones, la cantidad de derechos humanos con rango constitucional (mediante el proceso de "constitucionalización" de tratados o convenciones) implica, por cierto, la atribución implícita de reformar,

por aumento, al bloque de constitucionalidad y materialmente a la Constitución, que pasa a ser, por ende, relativamente rígida (ver § 268, d).

§ 294. *Lagunas constitucionales.* – Otro supuesto singular es el de las lagunas constitucionales. Cuando algún tema está normado por una constitución, el tratado está recortado y, en principio, condicionado por aquélla; pero si ésta no legisla el punto, el operador de esa constitución debe realizar una labor de *integración* de la norma constitucional faltante, teniendo en esa tarea mayor libertad de acción (ver § 57).

Si hay laguna constitucional, en resumen, es en principio más fácil reputar en dicho tema al tratado compatible con la constitución.

§ 295. *El tratado ante la ley.* – ¿Cuál prevalece? ¿El tratado sobre la ley, o ésta sobre aquél? Antes de la reforma de 1994 el problema era analizado de este modo.

a) El pensamiento *dualista* equipara el tratado a la ley, de tal modo que el tratado posterior a una ley predomina sobre ésta, y la ley posterior a un tratado lo modifica. Es la doctrina clásica del alto tribunal ("Martín y Cía.", *Fallos*, 257:101, y "Esso c/Gobierno nacional", *Fallos*, 271:8).

b) La tesis de la *diferenciación normativa* indica que ley y tratado son dos normas jurídicas de naturaleza distinta. En concreto, la ley es expresión *unilateral* de la voluntad de un Estado, mientras que el tratado (aunque se apruebe en cada país por ley) importa una norma de naturaleza *compleja*, producto de la *voluntad común* de –al menos– dos Estados.

Las conclusiones de esta doctrina serían las siguientes: una ley puede ser derogada por un tratado posterior, aprobado mediante ley del país del caso; pero un tratado no podría modificarse por una ley (voluntad unilateral) de ese mismo Estado.

Por último, la reforma constitucional de 1994 definió el tema en el sentido de que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes" (art. 75, inc. 22, párr. 1°). Entre esos tratados cabe incluir a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobados legislativamente (convencional Ca-

fiero, miembro co-informante del despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 3056, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5313).

También la reforma ha establecido que los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organismos supraestatales, en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos, satisfechos ciertos recaudos particulares en cuanto mayorías y procedimiento de aprobación, tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 24, párr. 1º). En rigor de verdad, el nuevo texto señala que son "las normas dictadas en su consecuencia" (de aquellos tratados) las que "tienen jerarquía superior a las leyes", frase cuya redacción es poco feliz, porque parece otorgar rango supralegal a las reglas emitidas como consecuencia de un tratado de integración, pero no al tratado mismo. No obstante, por el argumento interpretativo a fortiori, si cuentan con jerarquía superior a las leyes las normas dictadas como consecuencia de un tratado integrativo (v.gr., las resoluciones de un eventual consejo de ministros de los países de la zona integrada), con más razón deben tener nivel supralegal los artículos del propio tratado de integración.

§ 296. ***Los decretos del Poder Ejecutivo.*** – Aunque estas normas no son mencionadas por el art. 31 de la Const. nacional, deben subordinarse a ésta, a las leyes y a los tratados, que son "ley suprema de la Nación".

Sin embargo, cabe formular algunas aclaraciones. No se discute por cierto que los decretos deben estar sometidos a la Constitución. Sí hay que advertir, en cambio, que un decreto debe subordinarse a una ley, so pena de pecar de inconstitucional, siempre que la ley sea *constitucional* (por tanto, un decreto no debe seguir a una ley que norma inconstitucionalmente una materia reservada al Congreso, o que perjudique una atribución presidencial o judicial).

§ 297. ***Superioridad de las leyes y normas nacionales sobre las normas provinciales.*** – El art. 31 de la Const. nacional establece que ésta, las leyes de la Nación "que en su consecuencia se dicten" y los tratados son ley suprema de la Nación "y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales".

Por tanto, no toda norma nacional tiene prioridad sobre una provincial, sino sólo aquella ley (o decreto, resolución, ordenanza, etc.) dictada en consecuencia con la Constitución, es decir, dentro de los poderes conferidos por ella al Estado federal, expresa o implícitamente (CSJN, "Soc. Com. e Ind. Giménez Vargas Hnos.", *Fallos*, 239:343).

a) *Caso de la provincia de Buenos Aires.* Una alternativa peculiar se da con el art. 31 *in fine* de la Const. nacional, norma que después de indicar la supremacía de ésta, de las leyes nacionales y de los tratados por sobre las normas provinciales, añade: "salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859".

Esta excepción transitoria (Montes de Oca, Sánchez Viamonte, Vanossi) se explica porque desde el Pacto de San José de Flores (11 de noviembre de 1859), hasta la efectiva participación de Buenos Aires en los poderes nacionales (1862), medió un lapso o interregno durante el cual la aludida provincia no tomaba parte en la concertación de los tratados suscriptos por la Nación. Estos convenios, pues, no debían obligarla.

b) *Caso de las "provincias incorporadas".* El art. 121 *in fine* de la Const. nacional contiene una cláusula muy particular, rara en el derecho comparado. Puntualiza que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno federal, "y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

Un pacto especial de ese tipo fue el de San José de Flores, del 11 de noviembre de 1859 –completado por el convenio definitivo de unión, del 6 de junio de 1860–, celebrado entre la Provincia-Estado de Buenos Aires, la Confederación Argentina y la República del Paraguay, que actuó como garante. Entre otras cláusulas, se dispuso que tanto las propiedades del Estado de Buenos Aires, como sus establecimientos públicos, seguirían correspondiéndole, y continuarían gobernados y legislados por la autoridad de tal provincia.

El Pacto de San José de Flores está, en rigor de verdad, *constitucionalizado* por el art. 121 *in fine* de la Const. nacional, como lo ha puntualizado la Corte Suprema ("Embajada de Francia", *Fallos*, 239:25).

Interesa apuntar, además, que el citado art. 121 es una cláusula constitucional *abierta*, en el sentido de que puede comprender el caso de futuras provincias que se incorporen como tales, jurídicamente, a la Argentina.

F) Control de constitucionalidad en la Argentina. Magistratura y procesos constitucionales

§ 298. *Introducción. Derecho procesal constitucional.* – Esta disciplina se ocupa de la *magistratura constitucional*, integrada por los órganos cuya misión es tutelar la supremacía de la Constitución, y por los *procesos* y *recursos constitucionales*, que son los procedimientos programados para instrumentar tal supremacía.

§ 299. *Magistratura constitucional judicial.* – En nuestro país, el sistema de revisión de constitucionalidad es complejo, ya que está ejercitado por distintos sujetos. El órgano más importante es el Poder Judicial, no por encargo expreso de la Constitución (ya que ella nada dice de modo explícito, salvo, después de 1994, una escueta referencia al amparo), sino por construcción jurisprudencial y legislativa, siguiendo las directrices de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, principalmente en "Marbury v. Madison".

De todos modos, al decir el art. 116 de la Const. nacional que el Poder Judicial de la Nación debe conocer y decidir "todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución", está indicando que debe aplicar su texto e inaplicar el derecho contrario a ella.

§ 300. *Características.* – Las notas básicas del control judicial de constitucionalidad merecen ser analizadas individualmente.

a) *Es difuso.* Corresponde a todos los jueces, sin distinción de categorías o jurisdicciones, nacional o provinciales ("Strada", *Fallos*, 308:490, y "Machicote", *Fallos*, 300: 642), aunque de modo particular lo ejerce la Corte Suprema, como tribunal de garantías constitucionales ("Zamorano", *Fallos*, 298:441).

b) *Fundamentalmente letrado.* Ya que habitualmente es ejercido por jueces con título de abogado; pero en las jurisdicciones donde hay jueces legos, también les compete a ellos.

c) *Permanente.* Es decir, ejercido por órganos que tienen continuidad, incluso en los períodos de feria judicial, en que actúa el tribunal correspondiente.

d) *Es reparador.* En cuanto normas (no hay en nuestro país control judicial preventivo, anterior a la sanción de la ley), pero es *mixto* –reparador o preventivo– respecto a hechos y actos.

e) *Sujetos que lo promueven.* Dada su amplitud, puede ser articulado por las partes de un proceso, incluso por cualquier denunciante en la acción de hábeas corpus (art. 5º, ley 23.098). Hay acción popular, también, en el amparo ambiental (ley 25.675).

Finalmente, en "Mill de Pereyra", la Corte Suprema admitió la declaración de inconstitucionalidad de oficio por los jueces, bajo estas condiciones: *1)* se trata de un acto de suma gravedad, que puede adoptarse solamente cuando la repugnancia entre la norma inferior y la Constitución es manifiesta, indubitable e inconciliable; *2)* únicamente procede si tal declaración es necesaria para la solución adecuada del juicio, de tal modo que si éste puede resolverse por otro conducto, no será viable; *3)* tiene que adoptarse en causas concretas, y no es abstracto; *4)* tendrá efectos únicamente para la causas bajo examen; y *5)* es de naturaleza incidental, en función de admitir la pretensión de fondo de la parte ("Mill de Pereyra", *Fallos*, 324:329). En "Banco Comercial de Finanzas" ratificó tal criterio, por aplicación, sustancialmente, del principio *iura novit curia* (CSJN, *LL*, 2004- E-647).

f) *Vigila normas, actos y omisiones.* La revisión de constitucionalidad abarca *normas* (generales o individuales) de cualquier tipo (leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones ministeriales, constituciones provinciales y demás normas locales, etc.) y también ac-

tos concretos, hechos (de particulares o estatales) y omisiones, por ejemplo, por medio del amparo (art. 1º, ley 16.986).

g) *Es decisorio, aunque sometido a la jurisdicción supranacional.* Las resoluciones judiciales en materia de análisis de constitucionalidad son *obligatorias*. Para cumplirlas, en ciertos casos, la Corte Suprema ha debido sancionar con apercibimiento al órgano renuente a obedecerlas, invocando facultades conminatorias (p.ej., respecto de la Cámara de Diputados de San Juan, "Magín Suárez", Fallos, 310:348), o requirió a un órgano del Poder Ejecutivo, como el Comando en Jefe del Ejército, que efectivizara lo dispuesto por un juez federal ("Berrueta", *JA*, 1979-II-40, y *Fallos*, 301:205).

Conviene alertar que después de la ley 23.054, que aprobó para la Argentina el Pacto de San José de Costa Rica, los fallos de la Corte Suprema pueden ser dejados sin efecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 67, Pacto), si violan aquella Convención.

h) *Lo resuelto se ciñe al caso concreto, salvo los fallos de la Corte Suprema.* El principio jurisprudencial, en este punto, es que lo decidido en una causa se aplica sólo a ella, sin derogar a la norma reputada inconstitucional ("Rodríguez Larreta de Zuberbühler", *LL*, 72-724), sin afectar además a las normas análogas ("Lorenzo", *Fallos*, 253:253) ni a normas futuras ("Banco de Mendoza", *Fallos*, 247:325). Si se declara inconstitucional una parte de la ley, el resto de ella permanece intacta ("Castro", *Fallos*, 214:177).

Pese a lo dicho, la Corte Suprema ha extendido el valor de su propia jurisprudencia, dándole efecto *vinculante*, aunque *condicionado*, configurando así una regla de derecho constitucional consuetudinario.

En ciertos casos argumentó que los jueces tenían el *deber moral* de seguir sus directrices ("Pastorino", *Fallos*, 25:368), y en otros alegó un *deber institucional* ("Santín", *Fallos*, 212:59), con una salvedad: los jueces pueden apartarse del criterio de la Corte Suprema *dando fundamentos suficientes*, y siempre que ese alejamiento no signifique desconocimiento deliberado de la autoridad y prestigio del alto tribunal ("Santín", *Fallos*, 212:59). Al respecto,

el juez o tribunal disidente de la Corte Suprema debe dar *nuevos* fundamentos que justifiquen modificar la posición sentada por ella ("Cerámica San Lorenzo", *LL*, 1986-A-178).

Con relación al seguimiento que debe hacer la Corte Suprema de la doctrina sentada en sus propios precedentes, ella ha dicho que, en homenaje a la seguridad jurídica, debe respetarlos y continuar con ellos. Advierte sin embargo que eso no es una regla absoluta, y que admite excepciones que permiten sentar una nueva doctrina: por "causas suficientemente graves" o por "razones de justicia", v.gr., si la misma Corte reconoce que su precedente fue erróneo, o si los cambios históricos y las lecciones de la experiencia aconsejan abandonarlo ("B., A. D. c/Prov. de Buenos Aires", *JA*, 2006-II-92). En estos casos, es importante que la Corte deje bien sentado que cambia su jurisprudencia y que fundamente con cuidado tal mutación, en una especie de rendición de cuentas ante la sociedad.

i) *Efectos retroactivos y restitutivos.* El efecto preciso en el juicio donde se declara la inconstitucionalidad de una norma, consiste en que el juez debe resolver la causa como si la norma no existiera ("Gregolinsky y Cía.", *Fallos*, 202:184). Desde esta perspectiva, el efecto de la declaración es retroactivo (*ex tunc*).

Cuando lo que se declara inconstitucional es un acto o hecho, en un caso será posible darle al fallo efectos restitutivos (p.ej., si en un amparo se resuelve concluir con una clausura de un negocio, se procederá a su reapertura).

§ 301. ***Áreas exentas del control judicial de constitucionalidad. "Cuestiones políticas" no justiciables.*** – Ciertos asuntos, englobados bajo el título de "cuestiones políticas" o "facultades privativas" (*reservadas*) de los poderes políticos (Congreso o presidente), no están sometidos al control *judicial* de constitucionalidad.

El catálogo de esas cuestiones no está marcado por la Constitución: es una elaboración de la jurisprudencia, que así como creó el sistema judicial de examen de constitucionalidad, también lo restringió (política del *self restraint*) en ciertos temas.

Entre las cuestiones históricamente no justiciables, se pueden citar:

a) La declaración de intervención a una provincia ("Sobrero de Balbi", *Fallos*, 251:340, y "Pasant", *Fallos*, 253:454).

b) La declaración del estado de sitio, no obstante lo dispuesto por el art. 4°, inc. 1°, de la ley 23.098 ("Granada", *LL*, 1986-B-213).

c) El ejercicio de la facultad de indultar por parte del Poder Ejecutivo ("Günther Lange", *Fallos*, 237:271).

d) Declaración del estado de guerra (doctrina de "Attias", *Fallos*, 223:206).

e) El control de la política económica del Estado ("Propulsora Siderúrgica", *Fallos*, 315:1820; "Bustos", *Fallos*, 327:4495).

f) La decisión del presidente de enviar un pliego de embajador al Senado para requerir su acuerdo ("Colombo Murúa", *Fallos*, 313:63).

Conviene advertir que la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables se encuentra en general en retroceso. Es decir que temas otrora "no justiciables" pasan a ser después, total o parcialmente, "justiciables".

En materia de remoción de funcionarios o magistrados en virtud del juicio político, la jurisprudencia clásica reputaba no justiciable la decisión destitutoria del Senado ("Castellanos", *Fallos*, 136:147). Sin embargo, posteriormente aceptó la revisión judicial de lo resuelto, si entraban en juego temas de derecho federal como la violación del derecho de defensa en juicio ("Magín Suárez", *LL*, 1987-B-444).

La Corte Suprema afirmó la doctrina aludida al analizar la sentencia destitutoria del Senado de la Nación, de un juez federal, siempre que se invocare la violación del debido proceso. Sin embargo, aclaró que no era revisable judicialmente la apreciación de los hechos y la interpretación realizada por el Senado, en torno de si había existido, por ejemplo, "mal desempeño" en el acusado, como factor de destitución ("Nicosia", *ED*, 158-237).

Esto último es discutible, ya que el "debido proceso" (*adjetivo* y *sustantivo*) se puede alterar tanto si se violan reglas de procedimiento, como si se interpreta arbitrariamente el concepto constitucional de "mal desempeño", o si se evalúan de modo claramente irrazonable los hechos del caso.

En "ATE San Juan, secretario general Héctor Sánchez", el alto tribunal entendió justiciable el acuse de falta de fundamentación del fallo destitutorio pronunciado por una legislatura provincial contra un gobernador (*ED*, 160-13).

Paralelamente, la Corte Suprema reputó cuestión justiciable la elección del gobernador de Corrientes, invalidando la decisión del Colegio Electoral de tal provincia ("Electores y apoderados de los partidos", *Fallos*, 314:1915, y *DJ*, 1992-2-935), y ciertos temas sobre intervención a provincias (§ 686).

Asimismo, el alto tribunal (ver § 328 y 630) ha entendido justiciable la no admisión, por parte de la Cámara de Diputados, de un legislador electo ("Bussi", *Fallos*, 324: 3358), la expulsión, de un juez dispuesta por el Jurado de Enjuiciamiento ("Brusa", *Fallos*, 326:4816), la inconstitucionalidad de una reforma constitucional ("Fayt", *Fallos*, 322:1616), o la adopción por una provincia del sistema electoral de la "ley de lemas" ("Partido Demócrata Progresista", *Fallos*, 326:2004).

Por otro lado, si bien afirma que no compete a los jueces resolver cuestiones de política económica, por ser ésta privativa de los otros poderes del Estado ("Municipalidad de Avellaneda", *Fallos*, 322:227), se ha expedido sobre la constitucionalidad de la "pesificación" ("Prov. de San Luis", *Fallos*, 326:417), una típica decisión macroeconómica del Estado.

En rigor de verdad, cualquier "cuestión política" tiene una dimensión normativo-constitucional (p.ej., órgano que puede dictarla; procedimiento para su sanción), de tal modo que es constitucional o inconstitucional, según se respete o no dicho orden. Ello es, por cierto, justiciable. También lo es si lo decidido respeta el mínimo de justicia y razonabilidad que la Constitución exige para que sea constitucional.

§ 302. ***Magistratura no judicial. Poder Legislativo.*** – El Congreso es también agente de control de supremacía de la Constitución.

Adopta, en tal sentido, medidas de *autocontrol* cuando desecha proyectos de ley por vulnerar a la Constitución (control *preventivo*) o cuando deroga leyes que reputa inconstitucionales (p.ej., control *reparador*, caso explícito del art. 1°, ley 23.062). Realiza

el control de constitucionalidad del comportamiento de los poderes Ejecutivo y Judicial mediante el *juicio político* (arts. 53, 59 y 60, Const. nacional).

Asimismo, ejerce jurisdicción constitucional cuando decide sobre la validez de las elecciones, derechos y títulos de los legisladores (art. 64, Const. nacional).

§ 303. ***Control presidencial.*** – El titular del Poder Ejecutivo concreta asimismo actos de control de constitucionalidad (preventivo) si *veta* un proyecto de ley por reputarlo inconstitucional. En algunos casos también declara la inconstitucionalidad de leyes ya en vigor (control reparador), aunque la Corte Suprema ha reputado en varios fallos ("Ingenio San Martín del Tabacal", *Fallos*, 269:243, y "Prov. de Mendoza c/Nación Argentina", *Fallos*, 298:511) que carece de esta atribución.

§ 304. ***Otros órganos que controlan la constitucionalidad.*** Diversos entes ejercen, con distintas modalidades, el control de referencia.

a) *Colegios profesionales.* Cuando ejercen funciones públicas (p.ej., control de la matrícula profesional), algunas veces han declarado la inconstitucionalidad de normas (v.gr., si violaban la libertad de trabajo del art. 14, Const. nacional). La justicia les ha reconocido esa atribución ("Brebbia, Roberto", CCivCom Rosario, *Juris*, 20-107).

b) *Tribunales administrativos.* Pese a la prohibición del art. 109 de la Const. nacional, tales órganos existen, y si aplican el derecho, también estarán obligados a efectivizar primero el texto constitucional.

Pero el tema es discutido: la ley 11.683 dispuso, en el art. 185 (t.o. según decr. 821/98), que el Tribunal Fiscal de la Nación estaba autorizado para inaplicar las normas previamente declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema.

c) *Tribunales de enjuiciamiento de magistrados.* Alguna vez se han negado a declarar la inconstitucionalidad de normas (Tribunal de Enjuiciamiento de Santa Fe, res. del 20/7/81), pero tal criterio resulta inexplicable, si son órganos que deben ejecutar primero

a la Constitución nacional, máxime cuando sus resoluciones pueden impugnarse por medio del recurso extraordinario federal ("Llamosas", *LL*, 1988-C-59).

§ 305. ***Recursos y procesos constitucionales. Introducción.*** – En un sistema de control de constitucionalidad *difuso* o *desconcentrado* como el argentino, todo proceso (ordinario, ejecutivo o sumario, civil o comercial, penal, laboral, etc.) tiene por objeto tutelar la supremacía de la Constitución, ya que en cualquiera de ellos puede (o debería poder) plantearse la inconstitucionalidad de normas, actos u omisiones, ya como demandante o demandado, incluso en un incidente ("Rec. de hecho por OSN en incidente de inconstitucionalidad decr. 2125/78", *JA*, 1988-I-509).

No obstante, existen procesos o recursos *específicamente* programados para proteger la supremacía de la Constitución. Así, el amparo, el hábeas corpus, la acción declarativa de inconstitucionalidad y el recurso extraordinario.

§ 306. ***Acción declarativa de inconstitucionalidad.*** – Anteriormente rechazada por la Corte Suprema ("Fiscal de Estado de Prov. Río Negro", *Fallos*, 255:88, y "Ruiz", *Fallos*, 256:386, etc.), fue a la postre aceptada en otras causas como "Prov. de Santiago del Estero c/Gobierno nacional" (*LL*, 1986-C-116), "Fábrica Argentina de Calderas c/Provincia de Santa Fe" (*LL*, 1987-A-615), "Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés" (*LL*, 1987-D-341), entre otros. El fundamento normativo expreso está en el art. 322, párr. 1º, del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, que indica: "Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente".

Esta acción declarativa requiere entonces: *a*) la existencia de una relación jurídica; *b*) un estado de incertidumbre sobre la constitucionalidad de una norma que regula aquella relación; *c*) una situación de perjuicio causada por tal incertidumbre, y *d*) la ausencia de otra vía procesal para definir el problema. La acción declarativa de inconstitucionalidad es, pues, *supletoria* o *residual.*

Sirve para dilucidar dudas como las siguientes: si un impuesto es o no inconstitucional (*antes* de que la Nación inicie su cobro por vía judicial), o si una ley provincial regulatoria de una jornada laboral es o no competencia de tal provincia, etcétera. No cualquiera está legitimado para plantearla, ya que su promotor debe ser la parte perjudicada por la incertidumbre constitucional que se pretende definir por medio de la acción declarativa.

§ 307. ***Hábeas corpus.*** – Esta acción, que literalmente quiere decir "tráigase el cuerpo", se funda en el art. 18 de la Const. nacional cuando dispone que "nadie puede ser... arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente". Después de la reforma constitucional de 1994, el art. 43 *in fine* dice: "Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio". Regulado originariamente en el orden nacional por el Código de Procedimientos en Materia Penal (actualmente Código Procesal Penal), lo está ahora en la ley especial 23.098, llamada "De la Rúa" por haber presentado el proyecto este legislador.

El propósito fundamental del hábeas corpus (llamado en el derecho anglosajón el "Gran Mandamiento") es la tutela de la libertad física, esto es, del *ius movendi et ambulandi*. Pero tiene varias modalidades y ampliaciones.

El art. 1° *in fine* de la ley 23.098 permite que las provincias amplíen el radio de acción del hábeas corpus previsto por la ley nacional. Ellas establecen también sus propias normas de procedimiento en este tema, como respecto de la acción de amparo.

§ 308. ***Variantes. Hábeas corpus clásico o reparador.*** – Tiene por objeto hacer concluir arrestos dispuestos inconstitucionalmente, es decir, sin orden escrita de autoridad competente. Ello suscita varios interrogantes.

a) *Concepto de arresto.* Desde luego, el "arresto" se perfila, a los fines del hábeas corpus, cuando alguien está *preso* o *detenido*. Pero también se ha empleado el hábeas corpus para discutir privaciones de la libertad en sentido amplio, como la incorporación de un ciudadano al servicio militar ("Cerutti", *Fallos*, 208:78), la internación obligada en un nosocomio (Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, "Guerra", *DigLL*, VII-1208, n° 198), la hospitalización forzosa de personas (SCJ Tucumán, "Salvatierra", *LL*, 8-573); la expulsión de extranjeros o nacionales del país ("Kusters", *Fallos*, 207:16, y "Alvarenga", *Fallos*, 205:5), etcétera.

La reforma de 1994 ha incluido también el hábeas corpus en favor de personas desaparecidas.

b) *Requisitos constitucionales de la "orden escrita".* Debe estar firmada (al ser la firma condición para la existencia de instrumento), aunque alguna vez se ha juzgado que un radiograma cubre el requisito de "orden escrita" ("Santamarina", *RepLL*, XIX-580, n° 9). Debe también estar fechada, como requisito *ad solemnitatem* (CNCrimCorr, Sala II, "Gutiérrez", *LL*, 1986-D-295). Del mismo modo, según la Corte, debe incluir el nombre de la persona a detener ("Merino", *JA*, 1962-II-567).

En la práctica, han existido alguna vez en nuestro país arrestos dispuestos por decretos, no suministrados a la judicatura (secretos).

c) *Autoridad competente.* Desde luego, son "autoridad competente" los magistrados judiciales, según las respectivas leyes orgánicas y de procedimiento; así como el Poder Ejecutivo, durante el estado de sitio (art. 23, Const. nacional). La ley 23.098 admite el hábeas corpus contra los arrestos dispuestos por el Poder Ejecutivo en el estado de sitio (art. 4°), pero nada dice sobre los arrestos dispuestos por jueces. La jurisprudencia de la Corte Suprema es negativa al respecto ("Secretaría de Aeronáutica de la Nación", *Fallos*, 220:1294; 209:111; "de Vega Ocampo", *Fallos*, 200:351, etcétera).

Un problema especial se presenta con las detenciones dispuestas por la justicia municipal de faltas. Precisamente, en "Di Salvo", la Corte Suprema hizo lugar a un hábeas corpus contra una sentencia de la Cámara de Apelaciones de la Justicia Municipal de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, porque frente a un arresto

que ella dispuso, no había un recurso de apelación con efecto suspensivo ante la justicia ordinaria (*Fallos*, 311:334).

Entre otros sujetos considerados "autoridad competente" para detener, cabe mencionar a los capitanes de buques o aeronaves (art. 906, incs. 2° y 3°, Cód. de Comercio, y art. 81, párr. 1°, Cód. Aeronáutico); los conductores de trenes (art. 232, Cód. Proc. en Materia Penal, derogado), las comisiones seccionales de lucha contra la langosta (ley 3708), y aun los simples particulares, en los casos de delito in fraganti (art. 287, actual, Cód. Proc. Penal).

§ 309. ***Hábeas corpus restringido.*** – Tiene por finalidad concluir con perturbaciones menores a la libertad corporal, en las cuales el agraviado no es privado totalmente de su derecho a circular, pero sí molestado en su ejercicio, mediante seguimientos infundados, citaciones frecuentes a concurrir a dependencias policiales, vigilancia del domicilio de un habitante sin su pedido, privación de acceso a determinados sitios (lugar de trabajo, universidades, etcétera). El art. 3°, inc. 1°, de la ley 23.098 contempla este tipo de hábeas corpus. También lo habilita el nuevo art. 43 de la Const. nacional.

§ 310. ***Hábeas corpus correctivo.*** – Está instrumentado por el art. 3°, inc. 2°, de la ley 23.098, y tiene por objeto finalizar con la "agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere". La ley fue fuente del nuevo art. 43 de la Const. nacional.

El sustento de este hábeas corpus no está, en verdad, en la primera parte del art. 18 de la Const. nacional, sino en la última, cuando indica: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice". Es el derecho al debido trato en las prisiones.

En la práctica se ha admitido esta variante del hábeas corpus para un preso, a fin de lograr el adecuado tratamiento psicoterapéutico en razón de su condición de drogadicto, o para impedir que un detenido quede bajo la custodia de agentes acusados por el

mismo preso de los delitos de vejación y apremios ilegales, y respecto de los cuales se dictó un auto de prisión preventiva por tal motivo (CFed BBlanca, "V. R. A.", *LL*, 1985-C-484). También, en el caso "Dávila", para concluir con traslados inmotivados de un preso (CNCrimCorr, *DJ*, 1989-2-1007), o en supuestos de peligro físico o moral en perjuicio del arrestado (CCivCom Morón, "M. S. F.", *DJ*, 1989-1-654).

En "Verbitsky" (*Fallos*, 328:1146), la Corte Suprema habilitó un hábeas corpus correctivo y *colectivo* en favor de miles de detenidos en comisarias y cárceles de la provincia de Buenos Aires, por analogía con el art. 43 de la Const. nacional (ver § 322).

§ 311. ***Hábeas corpus preventivo.*** – Sirve para objetar *amenazas* de arrestos, de restricciones menores a la libertad o de trato indebido en las cárceles, y está previsto por el inc. 1° del art. 3° de la ley 23.098, como por el art. 43 de la Const. nacional.

La amenaza debe ser cierta, no conjetural ni presuntiva (CN CrimCorr, "Rodríguez", *LL*, 56-293), para lo cual se requiere la positiva demostración de su existencia (CFedCap, "Campomar de Echeverría", *LL*, 60- 235). Debe probarse la intención o la decisión (no consumada) de detener a la persona (CCivCom Rosario, "Sánchez", *Juris*, 8-132).

§ 312. ***El hábeas corpus durante el estado de sitio.*** – Con acierto, el art. 4° de la ley 23.098 contempla cuatro variables de esta acción, a fin de comprobar: *a*) la legitimidad de la declaración del estado de sitio; *b*) la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio; *c*) la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas, y *d*) el ejercicio del *derecho de opción* previsto por el art. 23 de la Const. nacional (ver § 725), es decir, la facultad del arrestado (por el estado de sitio) de salir del territorio argentino.

Al juez le toca hacer un doble análisis de razonabilidad de la detención, a saber: de *relación de causalidad* entre el arresto y los motivos que provocaron la declaración del estado de sitio, y de *proporcionalidad* entre el acto restrictivo y tales motivos ("Sofía",

Fallos, 243:504; "Román", *JA*, 1959-IV-96; "Diarios 'Norte' y 'Voz Peronista'", *Fallos*, 244:59; "Zamorano", *Fallos*, 298:695; "Timerman", *JA*, 1978-IV-121, etcétera). En "Granada", la Corte Suprema dio un paso atrás, cuando señaló –pese al texto de la ley– que no era cuestión justiciable la *declaración misma del estado de sitio*, salvo en aspectos formales, tales como la competencia del órgano que la dictó, recaudos legales del pronunciamiento, determinación en él del tiempo y lugar (*LL*, 1986-B-213, y *Fallos*, 307:2284).

En materia de control judicial del ejercicio del derecho de salir del país por parte de los detenidos por el Poder Ejecutivo, en ocasión del estado de sitio (art. 23, Const. nacional), ha dicho la Corte que la suspensión sine die de la facultad de opción para salir del país no es constitucional, ya que importaría una pena prohibida por el art. 109 de la Const. nacional ("Puccio", *Fallos*, 304:1210, y "Navarro", *Fallos*, 305:1440); y que tampoco se compatibiliza con la Constitución nacional la indefinida denegatoria de opción ("Marino", *Fallos*, 304:1027).

§ 313. ***El proceso de hábeas corpus.*** – Cabe distinguir aquí diferentes aspectos.

a) *Sujetos.* Legitimación *activa* tienen tanto los afectados por un acto lesivo a la libertad, como cualquier persona en favor de aquéllos (art. 43, Const. nacional, y art. 5°, ley 23.098). Es, pues, una *acción popular.*

La legitimación *pasiva* está programada por la ley 23.098 sólo respecto de actos de autoridad pública (art. 3°); pero las provincias pueden instrumentar el hábeas corpus contra actos de particulares (art. 2°).

Interviene, eventualmente, en el hábeas corpus el Ministerio Público, a quien deberá notificársele de la interposición de la denuncia (art. 21). Es factible la participación del defensor oficial, por ejemplo, si el beneficiado por la acción no nombra defensor particular y el juez entiende que no puede ejercer eficazmente por sí mismo tal defensa (art. 13).

b) *Competencia.* Asiste la justicia nacional o la provincial según quien sea el sujeto que causó el acto lesivo. De no saberse

quién es éste, actuará cualquiera de ellas, hasta que se disipe la incógnita (art. 2°, ley 23.098). Cuando conoce la justicia nacional, en la Capital Federal son competentes los jueces de primera instancia en lo criminal de instrucción; y en las provincias, los jueces federales de sección (art. 8°).

c) *Trámite.* En el orden nacional, formulada la *denuncia* del acto lesivo a la libertad (art. 9°), el juez puede desestimarla *in limine* si no refiere a alguno de los casos previstos por la ley para promover el hábeas corpus, o si existen razones de competencia. En tales hipótesis, se eleva el expediente *en consulta* a la cámara de apelaciones. Ésta puede confirmar lo decidido, o revocarlo, ordenando en tal supuesto la continuación del proceso (art. 10, ley 23.098).

El paso siguiente (si no hay rechazo *in limine*) consiste en expedir el "auto de hábeas corpus" (art. 11, ley 23.098). Por él se requiere al funcionario causante del acto lesivo que informe sobre la medida restrictiva denunciada, que presente la orden escrita (si existe) y, en los supuestos de privación de la libertad, que remita ante él al detenido, junto con dicho informe. De haber impedimento físico para ese traslado, se deberá comunicar igualmente al juez las razones que lo provocan, a fin de que el magistrado decida lo pertinente (art. 12).

La ley contempla una *audiencia*, donde se oirá al afectado, a la autoridad pública y, si asisten, al Ministerio Público y al promotor del hábeas corpus (cuando no es el beneficiario). Existe la posibilidad de producir prueba en tal audiencia, en el momento o posteriormente (dentro de las veinticuatro horas). Terminada la audiencia, el juez debe *decidir* (arts. 14 a 17), o sea, dictar la sentencia. Puede declarar incluso de oficio la inconstitucionalidad de la ley en la que se fundó un arresto (art. 6°).

Hay un breve recurso de apelación ante la cámara. Se concede con efecto suspensivo, salvo que la sentencia haya dispuesto la libertad, que se ejecuta mientras se dilucida la apelación (art. 19). La sentencia de cámara es definitiva a los fines del recurso extraordinario (art. 7°).

§ 314. ***Hábeas corpus no tratados en la ley 23.098.*** – La ley 20.711 instrumentó plazos para que, con relación al sujeto de-

tenido en un lugar, a pedido del juez de otra jurisdicción, la autoridad requirente manifieste su interés en el mantenimiento de la captura y, en su caso, se constituya para trasladarlo. Vencidos esos plazos, corresponde disponer la libertad del arrestado, lo que se hace a menudo por vía del hábeas corpus.

Otro hábeas corpus, ocasionalmente aceptado (JuzgInstrCap nº 13, "Loinaz", *ED*, 52-400), es el de "pronto despacho", instrumentado para apurar trámites administrativos (demorados) de informes requeridos para resolver la libertad de un detenido (p.ej., en un pedido de libertad condicional). Este hábeas corpus es, en realidad, un amparo por mora administrativa.

§ 315. ***El hábeas corpus en el derecho internacional.*** – Diversos documentos internacionales, actualmente con rango constitucional, suscriptos por la Argentina, instituyen trámites similares al hábeas corpus. Así, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El art. 7º, inc. 6º, del Pacto de San José de Costa Rica indica algo parecido.

§ 316. ***Acción general de amparo. Origen.*** – En el orden nacional, el amparo general recién fue legislado en 1966; pero ya en 1957, la Corte Suprema creó pretorianamente este proceso en el caso "Siri", contra actos de autoridad pública (*Fallos*, 239:459), y en el caso "Kot" (1958) lo amplió contra actos de particulares, entendiendo, por lo demás, que estaba tácitamente incluido entre los derechos constitucionales no enumerados según el art. 33 de la Const. nacional (*Fallos*, 241:291).

La reforma de 1994 lo transformó en una garantía explícita. Dice el nuevo art. 43: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Actualmente, la acción de amparo general contra actos de autoridad pública está reglamentada por la ley 16.986. Pero existen otros tipos especiales de amparo previstos en diversas leyes.

§ 317. ***Derechos tutelados.*** – La acción general de amparo tiene por fin proteger todos los derechos constitucionales, explícitos o implícitos (entre estos últimos, p.ej., honor, salud, vida), salvo el de la libertad corporal, protegido por el hábeas corpus (art. 1º, ley 16.986). También están tutelados los derechos patrimoniales ("Ventura y otra", *Fallos*, 294:152, y "Bonorino Peró", *ED*, 116-323).

El nuevo art. 43 de la Const. nacional ha ampliado el alcance del amparo, al cubrir bajo su tutela los derechos y garantías emergentes *de la Constitución, un tratado o una ley.* La duda se presenta con los derechos que nacen específicamente de un decreto, resolución ministerial, ordenanza municipal, etc., ¿son también materia del amparo? En el seno de la Convención Constituyente hubo iniciativas tendientes a circunscribir los derechos tutelados mediante el amparo de los provenientes de la Constitución o de los tratados con rango constitucional (Natale, Cullen), pero el criterio mayoritario, expuesto en este caso por el convencional Quiroga Lavié, sostuvo que "cualquiera sea la fuente del derecho, merece tutela constitucional" ("Diario de Sesiones", p. 4252 y 4253, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5972 y 5973).

§ 318. ***El acto lesivo.*** – Por el amparo se pueden discutir actos u omisiones de autoridad pública (ejemplo de éstos son los "amparos por mora"), provenientes de los poderes Ejecutivo o Legislativo, salvo que se tratase de "cuestiones políticas no justiciables" (ver § 301). La ley 16.986 impide el amparo contra actos del Poder Judicial (art. 2º, inc. *b*). Esta limitación es discutible.

La conducta objetable en el amparo puede consistir también en una amenaza (art. 1º, ley 16.986), que responda a un acto lesivo

de "futuro próximo" y no de "futuro remoto". En todo caso, trátese de un acto, omisión o amenaza, debe revestir "arbitrariedad e ilegalidad manifiestas", es decir, tiene que resultar evidente, notoria o groseramente inconstitucional o ilegal. Si el hecho investigado requiere mayor debate o prueba que el posible en la acción de amparo, para constatar su antijuridicidad, el amparo será inadmisible (art. 2°, inc. *d*, ley 16.986).

§ 319. ***Rol supletorio del amparo.*** – Según el art. 2° de la ley 16.986, el amparo no es admisible cuando "existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate".

Dicho de otro modo, el promotor del amparo debe cubrir, cuando lo interpone, un presupuesto de admisibilidad: demostrar, siquiera prima facie, que no tiene otros procedimientos útiles para proteger su derecho constitucional (CNCiv, Sala C, "Villegas", *LL*, 1986-E-176). El amparo cumple, entonces, un papel supletorio, residual o subsidiario: no opera si hay otras rutas procesales idóneas para atacar a la lesión o amenaza. Por lo común, se entiende que éstas no son eficaces si su tránsito ocasiona un daño irreparable (p.ej., por la demora en su diligenciamiento), caso en el cual sí es viable al amparo.

La reforma constitucional de 1994 declaró en el art. 43 al amparo "acción", de tipo "expedita y rápida", que opera "siempre que no exista otro medio judicial más idóneo". Esto ha llevado a concluir a juristas como Morello, Rivas y Bidart Campos que el amparo actual no es supletorio ni subsidiario, sino una acción directa; y que ante un acto lesivo a un derecho constitucional, si fuere manifiestamente arbitrario o ilegítimo, el afectado puede plantear sin más el amparo, sin ir a otras vías previas o paralelas, judiciales o administrativas. Solamente sería inadmisible el amparo si existiera otro proceso judicial *mejor* que él para tutelar al accionante.

Sin embargo, en la Convención Constituyente de 1994 quedó claro que la posición mayoritaria, redactora del art. 43, propició la tesis del amparo como instrumento procesal subsidiario o supletorio, ya sea ante otros trámites judiciales o administrativos (ver el despacho del miembro informante por la mayoría, convencional Díaz, "Diario de Sesiones", p. 4049, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. IV, p. 5857). En cambio, el despacho minoritario (defendido por el convencional Barcesat) patrocinó la idea del amparo directo (no subsidiario), pero fue derrotada en la votación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reiterado por lo común y claramente la postura del amparo excepcional y subsidiario ("Villar", *ED*, 163-636; "Prov. de San Luis", *LL*, 2003-B-537; "Cooperativa El Florecer"; *Fallos*, 327:4844, y "Orlando", *Fallos*, 328:1708), pero en otras casos aislados parece inclinarse por el amparo como acción directa ("Berkley", *Fallos*, 323:3770, y "Sindicato Argentino de Docentes Particulares", *LL*, 2003-F-770), mientras que la jurisprudencia de otros tribunales permanece dividida.

§ 320. ***Supuestos de inadmisibilidad.*** – Además de lo dicho, la ley 16.986 excluye de la acción de amparo los actos adoptados en virtud de la ley de defensa nacional (art. 2°, inc. *b*); cuando la acción de amparo pudiese comprometer directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado (art. 2°, inc. *c*). Se trata de restricciones inconstitucionales, ya que es absurdo privar la vigencia de los derechos constitucionales en esas áreas.

Tampoco es admisible el amparo si se articula después de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto lesivo fue ejecutado o debió ejecutarse (art. 2°, inc. *e*, ley 16.986). Es un plazo de caducidad, comprensible para el ejercicio de un proceso rápido como el que tratamos.

Actualmente, el art. 2°, inc. *d*, de la ley 16.986 (que prohibe discutir en el amparo la inconstitucionalidad de normas) está parcialmente derogado por la reforma de 1994, que explícitamente posibilita la declaración de inconstitucionalidad de normas en tal acción. La amplitud de los términos empleados hace pensar que autoriza también la declaración de inconstitucionalidad "de oficio", sin necesidad de requerimiento de una parte.

§ 321. ***Competencia.*** – Es competente la justicia nacional si el acto lesivo proviene de autoridad de ese tipo (art. 18). Pero también rigen las reglas que definen la competencia federal por ra-

zón del lugar y de la materia, según el art. 116 de la Const. nacional (CFed Rosario, Sala B, "Zago", *JA*, 14-1972-616).

Dentro de la esfera nacional rigen también las reglas en materia de competencia por la materia; pero si hubiese dudas entenderá el juez que sea requerido (art. 4°, ley 16.986). Cabe cumplir también con las reglas sobre turnos. En función del lugar, conoce el juez de primera instancia donde sucedió el acto lesivo o donde pudiere tener efecto.

§ 322. ***Legitimación.*** – El art. 43 de la Const. nacional confiere en el amparo legitimación activa a "toda persona", con lo que, aparentemente, se trataría de una acción popular, ejercitable por cualquiera en favor de cualquiera. Sin embargo, el art. 5° de la ley 16.986 descarta esa variable, al conferir facultad para demandar al "afectado", palabra que puede interpretarse ampliamente involucrando a toda persona perjudicada de algún modo por el acto lesivo.

El nuevo art. 43 ha abierto el abanico de posibilidades para intentar el amparo, en estas cinco materias: *a*) casos de discriminación; *b*) tutela del ambiente; *c*) protección de la libre competencia; *d*) derechos del usuario y del consumidor, y *e*) todo "derecho de incidencia colectiva" (llamados generalmente "derechos colectivos", o de "intereses difusos"). Para estos supuestos, que configuran el "amparo colectivo", además del *afectado*, se habilita al *defensor del pueblo* (ver § 473 y ss.) y a *asociaciones* que propendan a tales fines, "registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización". Esta frase es poco feliz, dado que parece disponer que habría que esperar el dictado de una ley futura sobre la legitimación de tales asociaciones, y que mientras no se la sancione, ellas carecerían del derecho a demandar. Sin embargo, se abre paso en la experiencia jurídica la doctrina que otorga legitimación activa a las asociaciones cuyos fines tienen que ver con las cuestiones ya citadas (discriminación, ambiente, libre competencia, etc.), por más que no se haya dictado todavía la ley reglamentaria ("Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina", *LL*, 1997-C-322).

A su turno, legitimación pasiva la tiene el acusado como autor del acto lesivo, según lo indicado en el § 318.

La ley 16.986 no ha regulado la actuación del Ministerio Público. Sí lo ha hecho la ley 24.946, que determina la intervención de los fiscales en los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data (art. 39). Como la misma ley obliga a esos fiscales a promover todas las acciones y recursos necesarios para el cumplimiento de los cometidos legales, e indica que son parte en los procesos relativos a la custodia del interés público, del patrimonio social y ambiental, etc. (art. 41), queda la duda de si en un amparo pueden los fiscales desempeñarse como demandantes, o solamente como "partes imparciales" que dictaminan sobre las pretensiones de las partes (ver § 618).

§ 323. ***Trámite.*** – Cabe distinguir varias etapas para su tramitación.

a) *Demanda.* La demanda debe presentarse por escrito, y tiene que acompañar la prueba de que se disponga, indicando la restante. No se admite la absolución de posiciones ni más de cinco testigos (arts. 6° y 7°, ley 16.986).

b) *Rechazo "in limine".* Es factible cuando el amparo fuese "manifiestamente inadmisible". Esta resolución es apelable (art. 3°).

La jurisprudencia reserva el rechazo *in limine* para supuestos muy claros de inadmisibilidad. Cabe, entonces, manejarlo con suma cautela y, de haber dudas, sustanciar a la acción.

c) *Requerimiento del "informe circunstanciado".* De no haber rechazo liminar, el juez debe exigir tal informe al accionado, fijándole el plazo. Al contestarlo, éste tiene que ofrecer prueba. Si no responde el informe circunstanciado, el amparo continúa su trámite.

d) *Prueba.* La no producida en la demanda o en la respuesta al informe, se debe realizar en una audiencia de prueba, a fijar en tres días (art. 9°, ley 16.986). Si el actor no comparece a ella, se lo tiene por desistido (art. 10), solución, por cierto, demasiado rigurosa. De ser necesario, se amplía el período de prueba por tres días más (art. 11).

e) *Sentencia.* Se dicta cuarenta y ocho horas después de vencido el plazo para contestar el informe circunstanciado, si no hubo

prueba posterior. De haberla, dentro de los tres días de concluida esa prueba (arts. 8° y 11).

f) *Apelación.* Sólo son apelables las sentencias definitivas, las que disponen el rechazo *in limine* o las medidas cautelares. El recurso se articula *fundado*, lo que obliga al apelante a atacar puntualmente a las bases de la resolución judicial, y se presenta ante el mismo juzgado, dentro de las cuarenta y ocho horas posteriores a la notificación del fallo apelado. Concedido y elevado el expediente a la Cámara, ésta tiene que dictar sentencia dentro de los tres días. Si se deniega el recurso de apelación por el juez de primera instancia, existe uno de "queja" o "directo" ante la alzada (art. 15).

La apelación se otorga con efecto suspensivo (art. 15, ley 16.986), aun respecto de una medida cautelar, contradiciéndose así el régimen normal de éstas, donde las apelaciones son, por lo común, con efecto "devolutivo" (vale decir, que se cumplen durante el trámite apelatorio, sin perjuicio de lo que, en definitiva, resuelva la Cámara). Algunos tribunales han reputado inconstitucional al art. 15 de la ley 16.986, en el tema que tratamos, fundamentalmente por ir contra el carácter expeditivo que debe tener la acción según el nuevo art. 43 de la Const. nacional (ver, por ejemplo, CNCiv, Sala I, 19/11/98, *ED*, 188-555).

g) *Cosa juzgada.* Todavía no se ha definido si la sentencia pronunciada en el amparo tiene cosa juzgada *formal* o *sustancial*. Pero sí hace cosa juzgada respecto del amparo (art. 13).

Con el fin de simplificar el trámite, la ley 16.986 (art. 16) declara improcedente la recusación sin causa, la articulación de cuestiones de competencia, las excepciones previas y los incidentes. Sin embargo, nada impide que un juez se declare incompetente, o que el accionado invoque la incompetencia del juzgado, y que éste se pronuncie en la sentencia.

En la práctica, los plazos de la ley 16.986 son incumplidos. Por ejemplo, en el caso "Ekmekdjian", la Corte Suprema resolvió el 7 de julio de 1992 (*LL*, 1992-C-543), un amparo para ejercer derecho de réplica, iniciado en julio de 1988. Es usual que cuando el demandante obtiene una medida cautelar (de no innovar o innovativa), la situación fáctica queda congelada y las partes mismas dilatan el recorrido del amparo.

§ 324. ***Subtipos especiales de amparo.*** – Además de la ley 16.986, la acción de amparo cuenta (en el orden nacional) con otras variantes.

a) *El amparo contra actos de particulares.* Reglamentado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 321 y 498, sustituidos por ley 25.488, art. 2°), según el trámite del proceso sumarísimo. Está pensado como un juicio supletorio o subsidiario, ante la falta de idoneidad de otros trámites, y por causales similares al amparo general de la ley 16.986.

b) *Amparo por mora de la Administración.* Figura en el art. 28 de la ley de procedimientos administrativos 19.549, reformada más tarde por la ley 21.686. Está programado en favor de quien fuere parte en un procedimiento administrativo, y tiene por fin librar orden de pronto despacho, cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos (o de no existir éstos, si hubiere mora irrazonable) sin emitir dictamen, resolución de mero trámite o de fondo.

c) *Recurso de amparo ante el Tribunal Fiscal de la Nación.* Similar al anterior, está regulado por las leyes 11.683 y 22.415, para instar –en sus orígenes– la actuación de la Dirección General Impositiva o de la Dirección General de Aduanas, en casos de demora excesiva en la realización de trámites o diligencias.

d) *Amparo electoral.* Lo tratamos en el § 429.

e) *Amparo sindical.* Creado por la ley 23.551, tiene dos manifestaciones. Una es el *amparo-tutela*, en pro de todo trabajador o asociación sindical impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical (art. 47); y la otra, el *amparo-exclusión*, que tiene por fin privar a ciertos trabajadores (delegados de personal, dirigentes o representantes de determinadas asociaciones) de la estabilidad especial que les otorga la ley, a fin de que la empleadora los pueda suspender o despedir, o modifique sus condiciones de trabajo (art. 52). Ambos se regulan por el trámite del proceso sumarísimo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

f) *Amparo ambiental.* Está previsto por el art. 30 *in fine* de la ley 25.675. Contemplado como acción popular, la norma indica

que "toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesasión de actividades generadoras de daño ambiental colectivo". Es competente la justicia federal si el daño se produce respecto de recursos ambientales interjurisdiccionales. La ley de referencia contempla amplias facultades para el juez en materia de prueba y medidas precautorias, incluso de oficio (art. 32), y la sentencia tiene efecto *erga omnes*, excepto que la acción fuese rechazada por razones probatorias (art. 33, *in fine*). Supletoriamente rige la ley 16.986 y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el orden nacional.

La multiplicidad de esos subtipos de amparo sugiere la necesidad de agruparlos sistemáticamente en un código de derecho procesal constitucional, al estilo de la ley 7135 de Costa Rica o la ley 8369 de la provincia de Entre Ríos, o del código vigente en Tucumán.

§ 325. ***El amparo en el derecho internacional.*** – Está admitido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 8°) y por el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, que 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". El Estado debe asegurar el cumplimiento de la decisión que declare procedente el recurso (art. 25 *in fine*).

§ 326. ***Hábeas data.*** – El párr. 3° del art. 43 de la Const. nacional da las bases sustanciales del hábeas data, concibiéndolo como una especie del amparo, ya que lo presenta como una variante de "esta acción", después de describir a la de amparo.

El hábeas data, de reciente origen, tiene por fin proteger determinados derechos constitucionales ante los excesos del poder informático. Fue reglamentado por la ley 25.326 y el decr. 1558/01.

a) *Legitimación activa y pasiva.* El art. 43 habilita el hábeas data en favor de "toda persona" (física o ideal, dada la amplitud de esas palabras), pero acto seguido especifica que lo es "para tomar conocimiento de los datos *a ella referidos*", de tal modo que restringe la legitimación al afectado. No es, por ende, una acción popular, sino para el que se sienta perjudicado.

La ley 25.326 otorgó también legitimación activa a los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral, hasta el segundo grado, art. 34, declarando también que puede actuar el defensor del pueblo, en forma coadyuvante.

Legitimación pasiva la tienen los "registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes" (art. 43, Const. nacional). Quedan fuera de este proceso, pues, los archivos de mero uso personal.

El art. 35 de la ley 25.326 amplió la legitimación pasiva respecto de los *usuarios* de dichos registros o bancos, y el decr. 1558/01 permite atacar por el hábeas data a cualquiera de éstos que exceda el uso esclusivamente personal.

No aclara el art. 43 si puede interponerse el hábeas data contra servicios de seguridad del Estado, alternativa que algunas constituciones excluyen (Perú de 1993, art. 2°, inc. 5°). La ley 25.326 (art. 17) admite la acción, aunque el ente del caso puede denegar, mediante decisión fundada, el acceso, la rectificación o la supresión de los datos, en función de la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad pública, o de la protección de los derechos e intereses de terceros. También, cuando con la información de los referidos datos se pudieran obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, el desarrollo de funciones de control de salud y del medio ambiente, o la investigación de delitos o de infracciones administrativas. Pero tales resoluciones denegatorias podrán discutirse ante el juez en el hábeas data.

b) *Derechos tutelados.* El art. 43 de la Const. nacional programa al hábeas data para casos de "falsedad o discriminación". Aparentemente, sólo tutelaría los valores constitucionales de *verdad* o *igualdad*. La redacción constitucional, pues, no es feliz, puesto que en el derecho comparado ampara explícitamente también otros derechos, especialmente el de intimidad. En rigor de verdad, puede entenderse que este proceso constitucional también protege cualquier derecho constitucional perjudicado por un archi-

vo o banco de datos. En tal sentido, el art. 1° de la ley 25.326 amplió también la cobertura del hábeas data para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas.

c) *Objetivos*. Según el art. 43, el hábeas data tiene por meta tomar *conocimiento* de cierta información y de su *finalidad*, y exigir la *supresión*, *rectificación*, *confidencialidad* o *actuación* de ella. Por ello, es factible distinguir estas subespecies de hábeas data.

1) *Informativo*. Tiene por fin averiguar información, y cuenta con estas tres variables: el hábeas data *exhibitorio*, que busca únicamente tomar conocimiento de los datos; el hábeas data *finalista*, cuya meta es saber para qué y para quién se registran los datos, y el hábeas data *autoral*, que inquiere acerca de quién obtuvo los datos.

2) *Aditivo*. Su propósito es agregar datos que faltan en un archivo. Por ejemplo, poner al día información atrasada, tema muy importante para actualizar informes sobre deudas ya saldadas, o absoluciones o sobreseimientos para personas que se hallaban procesadas.

3) *Rectificador*. Apunta a corregir información errónea.

4) *Reservador*. Tiende a salvaguardar el principio de "confidencialidad", esto es, que lo registrado lícitamente en un banco de datos no sea divulgado a terceros (p.ej., declaraciones impositivas).

5) *Cancelatorio o excluTorio*. Su objetivo es borrar la llamada "información sensible", apta para provocar discriminaciones ilegítimas o atentatorias al derecho a la privacidad (p.ej., datos en materia de raza, religión, ideas políticas, comportamiento sexual, convicciones filosóficas y morales, salud –art. 2°, ley 25.326–).

El art. 43 de la Constitución contiene una salvedad, en el sentido de que mediante el hábeas data no puede vulnerarse el secreto de las fuentes de información periodística. Sin embargo, el sentido de esta frase es más amplio: en el seno de la Convención Constituyente el miembro informante por la mayoría, convencional Díaz, aclaró que el hábeas data no podía rozar de ningún modo la libertad de prensa ("Diario de Sesiones", p. 4051, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5859), con lo que cabe concluir que no puede articularse contra esos medios en todo lo que pueda perjudicar su libertad de expresión.

Con sentido todavía más extendido, el art. 1° de la ley 25.326 impide afectar por el hábeas data "las bases de datos ni las fuentes de información periodísticas".

d) *Procedimiento*. Previo a la radicación del hábeas data, la ley 25.326 contempla un requerimiento del futuro actor al banco de datos para acceder a la información que quiere conocer, el que debe evacuarse en el plazo de diez días corridos (art. 14); o para rectificar, actualizar, suprimir o someter a confidencialidad sus datos, petición que tendrá que concretarse en cinco días hábiles (art. 16). De ser infructuosa tal gestión, está abierta la acción de hábeas data.

La misma ley declara la jurisdicción federal respecto de los registros de datos interconectados en redes de alcance interjurisdiccional, nacional o internacional (art. 44 *in fine*), y en función del lugar asigna competencia al juez del domicilio del actor o, a su elección, también la del domicilio del demandado o del lugar en que el hecho o acto se exteriorice o pueda tener efecto (art. 36).

El art. 38 de la ley 25.326 regula la demanda de hábeas data, en el orden nacional, a presentar por escrito debiendo mencionar el responsable del archivo y del usuario, las razones por las que el actor entiende que obran datos suyos y que la información resulta discriminatoria, falsa o inexacta, y justificar los reclamos previos ya mencionados. También podrá solicitar una medida cautelar específica: el asiento en el banco de datos de que la información cuestionada está sometida aun proceso judicial. Si la información discutida es manifiestamente discriminatoria, falsa o inexacta, el juez podrá disponer, asimismo, su bloqueo provisional.

Después de la demanda, el art. 39 de la ley contempla un requerimiento de informe al demandado, en un plazo de cinco días, ampliable, quien deberá exponer las razones que expliquen su posición (art. 41). Contestado aquél, el actor puede ampliar su demanda, en tres días, con otro traslado por igual término al accionado (art. 42).

Cumplidos esos plazos, o incontestado el informe, deberá dictarse sentencia. Si se aceptare la acción, el juez fijará el plazo para suprimir, actualizar, rectificar o disponer la confidencialidad de los datos (art. 43).

Supletoriamente rigen la ley 16.986 y el juicio sumarísimo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 37, ley 25.326).

Uno de los puntos que no queda aclarado en esta ley es el grado de conocimiento que pueda desplegar el juez del hábeas data para determinar, por ejemplo, si alguien que figura como deudor alega no serlo, por haber saldado su obligación o haberse contraído ella inválidamente, o si discute su monto. Ello podría dar lugar a largas actuaciones tendientes a disipar un estado de incertidumbre, temática más propia de un juicio ordinario declarativo de certeza, y no de un proceso comprimido como es el de hábeas data. Por aplicación analógica del art. 2° de la ley 16.986 deberían excluirse de este proceso los asuntos que requiriesen mayor debate o prueba, y reservarse para casos de registraciones manifiestamente incorrectas.

No obstante, en "Martínez", la Corte Suprema parece abrir el hábeas data para averiguar en él irregularidades en bancos o registros de datos, aunque ellas no padezcan de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas (CSJN, 5/4/05, *JA*, 2005-III-31).

§ 327. ***Recurso extraordinario federal.*** – Es la vía procesal que permite elevar a la Corte Suprema todo expediente en el que se haya dictado una sentencia definitiva, emanada de cualquier superior tribunal de la causa del país, a fin de plantearle a aquélla temas de derecho federal (constitucional o infraconstitucional); entre otros, inconstitucionalidad de normas, interpretación de leyes federales de ciudadanía, impuestos, convertibilidad y desregulación.

El recurso extraordinario ha sido el más importante vehículo procesal para el control máximo de constitucionalidad argentina, y opera desde 1863.

Los fines históricos del recurso extraordinario *clásico* (art. 14, ley 48), fueron tres: *a*) tutelar la primacía del derecho federal, respecto de sentencias provinciales; *b*) proteger la supremacía de la Constitución y del resto del derecho federal, aun contra sentencias de tribunales federales (ley 4055), y *c*) uniformar la aplicación del derecho federal ("casación federal"). El recurso extraordinario *moderno* asume otra tarea más: dejar sin efecto sentencias *arbitrarias*. Esto último es una creación de la Corte Suprema, y cuadruplicó el número de los recursos extraordinarios. Ocasionalmente ha cumplido el papel de casación general y de recurso de justicia y equidad.

El recurso extraordinario importa un tipo de apelación, bien que *extraordinaria* (más exigente en los recaudos formales, y donde la Corte no revisa todo lo actuado, sino solamente temas federales), lo que significa generalmente en el orden nacional una *tercera* instancia (y respecto de las provincias, una *cuarta*).

§ 328. ***Resoluciones objetables. "Cuestión federal".*** – En primer lugar, son impugnables por el recurso extraordinario pronunciamientos judiciales, esto es, las *sentencias definitivas* dictadas por un *superior tribunal de la causa*.

Sentencias definitivas son las que producen en un proceso *cosa juzgada material* (es decir, las que impiden que el asunto en ellas decidido pueda replantearse en otro proceso), y también las equiparadas por la Corte a las "sentencias definitivas", a los fines de dicho recurso extraordinario. Son éstas las resoluciones que causan gravamen irreparable, paralizan el procedimiento o resultan portadoras de "gravedad institucional" (ver § 330).

El superior tribunal de la causa, para un proceso, es aquel que puede conocer en último término, antes que la Corte Suprema, el problema del derecho federal (constitucional o infraconstitucional) que se va a plantear en el recurso extraordinario. Normalmente, en el ámbito nacional, son las cámaras federales o nacionales de apelaciones, pero también puede ser "superior tribunal de la causa" un juzgado federal de primera instancia, cuando opera en única instancia y su sentencia es irrecurrible; o, en ciertos procesos, la Cámara Nacional de Casación en lo Penal, etcétera. En el orden provincial, son las supremas cortes o tribunales superiores de cada provincia. Según la doctrina de la Corte Suprema en el caso "Strada" (*LL*, 1987-A-326), estas cortes no pueden negarse a resolver temas de derecho federal, so pretexto de que una ley o jurisprudencia provincial se lo prohíbe.

El art. 257 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación permite articular el recurso extraordinario contra resoluciones de organismos administrativos (la jurisprudencia exige que éstas versen sobre asuntos de naturaleza jurisdiccional, y que no sean revisables en sede administrativa o ante el Poder Judicial). También ha habilitado la Corte el recurso extraordinario para impugnar la sentencia pronunciada por un poder legislativo local en un "juicio político" ("Magín Suárez", *LL*, 1987-B-444) o por un tribunal de enjuiciamiento de jueces provinciales ("Llamosas", *LL*, 1988-C-59). La ley 23.549 programó asimismo el recurso extraordinario contra decisiones de la Comisión Federal de Impuestos (art. 12).

La jurisprudencia de la Corte Suprema igualmente ha habilitado el recurso extraordinario contra sentencias destitutorias de jueces por parte del Senado nacional, de violarse las reglas del debido proceso (Doctrina de CSJN, "Nicosia", *Fallos*, 316:2940; y "Trovatto", *Fallos*, 320:1931, entre otros), y respecto de resoluciones del Jurado de Enjuiciamiento. No obstante que la Constitución declara a éstas irrercurribles, en su art. 115 al respecto, la Corte entendió que cabía adoptar la disposición constitucional con las reglas del Pacto de San José de Costa Rica (art. 8°), que autorizan la doble instancia en sede penal, y que por analogía corren también para los acusados ante el referido Jurado ("Brusa", *Fallos*, 326:4816).

La resolución objetable mediante el recurso extraordinario debe tratar temas de derecho federal (ver § 736: constitucional o infraconstitucional), es decir, incluir una "cuestión federal", y ser contraria a dicho derecho federal (el recurso extraordinario está, precisamente, para reparar esa lesión). Esos puntos de derecho federal tienen que guardar una relación *directa* o *inmediata* con lo decidido.

En el lenguaje técnico del recurso extraordinario, se habla de "cuestión federal simple", cuando en dicho recurso se discute la interpretación de una regla de derecho federal (v.gr., la inteligencia de algún precepto de la Constitución); "cuestión federal compleja directa" si se debate la compatibilidad entre una norma y la Constitución; y "cuestión federal compleja indirecta" si se estudia la armonía u oposición entre una regla federal superior con su inferior (v.gr., subordinación de un decreto a una ley federal; de haber oposición, el decreto violaría la escala jerárquica del art. 31 de la Const. nacional).

§ 329. ***Recurso extraordinario por sentencia arbitraria.*** – La Corte Suprema creó pretorianamente la doctrina de las sentencias arbitrarias, y las definió como las que "no importan una derivación razonada del derecho vigente", por incurrir en un defecto grave que las descalifica como pronunciamientos judiciales válidos. Según esta tesis, las sentencias arbitrarias son temas de derecho federal y generan cuestión federal para el recurso extraordinario, ya que resultan inconstitucionales por violar las reglas del debido proceso y del derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 33, Const. nacional). Hay dos tipos sustanciales de arbitrariedad.

a) *Arbitrariedad normativa.* La doctrina de la Corte Suprema se refiere a las siguientes hipótesis:

1) Sentencias infundadas o insuficientemente fundadas ("Carlozzi", *Fallos*, 207:76).

2) Sentencias que arremeten contra la ley aplicable ("Cabaña", *Fallos*, 234:310).

3) Sentencias que se basan en normas inexactas ("Tripulación B/M Argentino Río Quequén", *Fallos*, 301:825).

4) Sentencias que se basan en la mera voluntad de los jueces; por ejemplo, en afirmaciones dogmáticas o pautas de excesiva amplitud ("Rosito y Ballines", *Fallos*, 298:317, y "Trueba de Álvarez", *Fallos*, 288:265).

5) Sentencias que desconocen o se apartan de la norma aplicable ("Arceluz de Mechedze y otros", *Fallos*, 310:165).

6) Sentencias que aplican la ley impertinente ("Salinas", *Fallos*, 296:766).

7) Sentencias que efectivizan la ley no vigente para el caso ("Rivarola", *Fallos*, 237:438).

8) Sentencias que invocan jurisprudencia no aplicable a la litis ("Municipalidad de Rosario", *Fallos*, 300:88).

9) Sentencias que interpretan arbitrariamente a la ley (interpretación equivocada, indebida, infiel, prescindente, desnaturalizadora, ineficaz, inoperante, absurda, injusta, irrazonable, formalista, inequitativa, imprevisora, imprudente, entre otros vicios de interpretación ("Brandolin", *Fallos*, 296:734; "CASFEC", *Fallos*, 300: 558, y "Morcillo de Hernelo", *Fallos*, 310:267).

10) Sentencias que incurren en exceso ritual manifiesto ("Colalillo", *Fallos*, 238:550); o importan una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva ("Virardi de Moreno", *Fallos*, 305:944).

11) Sentencias incongruentes que no se expiden sobre cuestiones a decidir ("Gambarte", *Fallos*, 306:950); o que resuelven más allá de lo que debe pronunciarse ("González", *Fallos*, 301:213).

12) Sentencias que atentan contra el principio de preclusión y de cosa juzgada, por ejemplo, por *reformatio in peius* ("Gómez Rueda", *Fallos*, 297:398).

13) Sentencias autocontradictorias, con fundamentos contradictorios, o con oposición entre los considerandos y su parte resolutiva ("Alonso", *Fallos*, 261:263, y "Nasello", *Fallos*, 303:1145).

14) Sentencias inválidas por vicios relativos a la integración del tribunal que las dictó, o en su emisión de voluntad ("Ottoboni", *Fallos*, 302:320, y "Brizuela", *LL*, 1989-A-32).

b) *Arbitrariedad fáctica*. Según la Corte Suprema de Justicia, comprende algunas de estas alternativas:

1) Sentencias que prescinden de pruebas o constancias de la causa, o de hechos notorios ("Ogallar", *Fallos*, 308:1882).

2) Sentencias que se dictan en oposición a las pruebas del proceso ("Lavia", *JA*, 1990-IV-528).

3) Sentencias basadas en prueba inexistente, o no incorporada válidamente al expediente ("Gandulla", *Fallos*, 284:47).

4) Sentencias basadas en afirmaciones dogmáticas de hechos ("Carabba", *Fallos*, 301:194).

5) Sentencias que valoran arbitrariamente la prueba, de modo irrazonable o parcial ("Aliaga", *Fallos*, 248:700, y "Acerbo SACIFeI", *Fallos*, 303:2080).

6) Sentencias que incurren en exceso ritual en la apreciación de la prueba ("Vallejos", *Fallos*, 306:717).

7) Sentencias que incurren en autocontradicción en la evaluación de la prueba ("Palermo SAIC", *Fallos*, 303:434).

8) Sentencias dictadas en procesos que arbitrariamente omiten la averiguación de los hechos ("Vigorelli", *Fallos*, 307:1174).

§ 330. ***Recurso extraordinario por gravedad institucional.*** La Corte Suprema ha manejado dos conceptos de "gravedad institucional". Uno, de *mínima*, entiende que ella existe cuando en un proceso se discuten temas que exceden el mero interés de las partes ("Treviranus", *Fallos*, 285:290). Otro, de *máxima*, dice que la gravedad institucional aparece en expedientes donde se plantean temas de macropolítica, que comprometan las instituciones básicas de la Nación ("SA La Rinconada", *Fallos*, 289:36); la buena marcha de las instituciones ("de Pablo", *Fallos*, 300:417), o casos que conmuevan a la sociedad entera ("Penjerek", *Fallos*, 257:134).

El empleo de uno u otro concepto ha sido totalmente elástico y de acuerdo con los criterios y conveniencias de la Corte Suprema.

Pues bien, el concepto de *gravedad institucional* ha operado de modo diverso en cuanto al recurso extraordinario: *a*) para disminuir la exigencia de ciertos recaudos de admisibilidad de dicho recurso, e incluso para permitir la apelación *per saltum* (ver § 333; CSJN, "Dromi", *LL*, 1990-E-97, y "Jorge Antonio", *Fallos*, 248: 189); *b*) para habilitar el recurso, aunque no existiese "cuestión federal" en juego ("Marzel", *Fallos*, 308:1795, y "Firestone", *LL*, 1991-B-333); *c*) para seleccionar los casos a resolver, según el *writ of certiorari* (ver § 332), y *d*) para suspender la ejecución de fallos con recurso extraordinario concedido, o con queja articulada ("Torroba", *Fallos*, 245:425, y "Bonasegale", *Fallos*, 294:327).

§ 331. ***Trámite del recurso extraordinario. Introducción y mantenimiento de la cuestión federal.*** – El paso preliminar al planteamiento del recurso extraordinario consiste en la *introducción*, en la primera oportunidad posible del procedimiento, de la cuestión federal que luego se replanteará en el propio recurso. A esto podemos llamar el "pre" recurso extraordinario.

"Introducir" a la cuestión federal significa que el litigante deberá requerir, al tribunal que entienda en el proceso, la efectivización de normas federales (p.ej., alegar la inconstitucionalidad de una ley, al plantear la demanda, si es actor, o al contestarla, si es demandado). La cuestión federal debe también ser *mantenida* en las distintas instancias previas a la Corte Suprema. En su defecto, ella entiende que se ha desistido de su aplicación ("Auderut", *Fallos*, 281:304), y eso frustrará el recurso extraordinario.

Algunas veces la cuestión federal aparece no al inicio de un pleito, sino, por ejemplo, cuando se dicta una sentencia de primera o segunda instancia. En tales casos de "arbitrariedad sorpresiva", el promotor del futuro recurso extraordinario deberá introducir su pretensión de aplicación de derecho federal en la primera oportunidad posible posterior (p.ej., al expresar agravios en segunda instancia, si la arbitrariedad sorpresiva surgió del fallo dictado en primera instancia).

§ 332. ***Interposición y procedimiento posterior, "writ of certiorari".*** – Una vez terminado el proceso con la "sentencia definitiva" dictada por el "superior tribunal de la causa" (ver § 328), el litigante puede articular ante ese mismo tribunal y en el plazo de diez días el recurso extraordinario federal, que debe ser fundado, y bastarse a sí mismo, de tal modo que de su simple lectura surjan los datos suficientes para resolverlo (CSJN, "Unzué Díaz de Luynes", *Fallos*, 307:885, y "Penna Bores", *Fallos*, 310:1465). Su mera interposición (hasta tanto no sea denegado), suspende ahora la ejecución del fallo impugnado (CSJN, "Escobar", *LL*, 1994-B-252).

El art. 257 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación prevé un traslado por diez días a la contraparte, transcurridos los cuales el tribunal que dictó la resolución objetada concede o deniega formalmente el recurso. Si lo otorga, remite los autos a la Corte Suprema, la que debe, en su caso, disponer ciertas vistas (al procurador general de la Nación, según la ley 24.946; al defensor oficial, si hay menores) o, si le parece, medidas para mejor proveer. También puede descartar discrecionalmente el recurso extraordinario mediante el *writ of certiorari*, instrumentado por ley 23.774, en los casos de "falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia".

En estos casos, el alto tribunal decide sin dar razones o fundamentos, según el citado art. 280 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación. Según el mismo esquema –muy criticado en nuestro medio–, la Corte Suprema puede rechazar un recurso extraordinario por falta de trascendencia, y en el mismo momento entrar a decidir otro parecido al primero, igualmente intrascendente. La planificación de este *writ of certioriari* argentino tuvo por meta

descongestionar el abultado trabajo del alto tribunal, pero su instrumentación, excesivamente discrecional, le ha restado mucha legitimidad.

A lo expuesto, se lo llama *writ of certiorari negativo*. Algunos fallos de la Corte Suprema han inventado el *writ of certiorari positivo*, sosteniendo, por el uso del argumento llamado a contrario sensu, que si por razones de falta de trascendencia el art. 280 citado le permite desechar un recurso extraordinario, de modo discrecional, para el caso inverso (esto es, de haber trascendencia relevante), podrá admitir un recurso extraordinario al que le faltasen ciertos recaudos.

Superado este tramo, el alto tribunal dicta sentencia. Si rechaza por inadmisible o por improcedente al recurso extraordinario queda firme el fallo impugnado. Por el contrario, si revoca éste, tiene la opción de decidir directamente sobre el fondo del asunto o devolverlo al tribunal que dictó aquella sentencia revocada, o a quien lo sigue en orden de turno, para que pronuncie una nueva, según las pautas del fallo de la Corte Suprema (art. 16, ley 48). A esto último se lo llama *reenvío*.

Cuando el superior tribunal de la causa no otorga el recurso extraordinario, el interesado puede concurrir directamente ante la Corte Suprema, mediante el recurso "de queja" o "de hecho" (art. 282, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación), que tiene por fin atacar aquel rechazo y abrir el recurso. El plazo de interpretación es de cinco días, con uno más por cada cien kilómetros o fracción que no baje de cien, contados desde la sede del "superior tribunal de la causa" hasta la Corte Suprema. Debe acompañarse de un depósito a la orden de la Corte Suprema, de mil pesos. Si el alto tribunal lo admite, se expedirá sobre el fondo del asunto, según las alternativas indicadas en el párrafo anterior. De lo contrario lo rechazará, quedando así confirmado el fallo recurrido.

§ 333. ***Recurso extraordinario "per saltum".*** – En el caso "Dromi" (*LL*, 1990-E-97), la Corte Suprema, sin ley reglamentaria al respecto, e invocando la existencia de gravedad institucional en su máxima expresión, admitió que se planteara directamente ante ella un recurso extraordinario contra una sentencia de amparo de primera instancia, de modo *per saltum*, es decir, salvando la actuación de la Cámara de Apelaciones.

Este *per saltum* fue aceptado en el marco del Poder Judicial de la Nación, sobre temas federales y del recurso extraordinario, y del mismo se corrió traslado para la Corte a la contraparte. Durante su tramitación, la Corte Suprema suspendió la ejecución de la sentencia recurrida. Todo ello fue creación pretoriana de dicho tribunal.

En el ámbito nacional, una ley puede programar procesalmente esas apelaciones "directas" u *omissio medio*, porque la Corte ejerce su competencia por apelación "según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso" (art. 117, Const. nacional); sin ley, tal apelación *per saltum* deviene ilícita. No obstante, otros fallos de la Corte Suprema han admitido la posibilidad de la vía *per saltum* (CSJN, "González y otros", *LL*, 1991-B-205).

El argumento básico dado por el alto tribunal para defender el *per saltum*, es que la creación de las cámaras federales de apelaciones y la necesidad de recorrerlas antes de plantear el recurso extraordinario, fue a los fines de tornar más eficiente los roles de la Corte Suprema como guardián e intérprete final de la Constitución. Si en un caso concreto esa escalera procedimental perturbase o dificultase tales funciones, y fuese necesario dar una respuesta inmediata y final a un proceso, en función de los graves intereses institucionales en juego, la Corte Suprema se autoriza a obviar dichos caminos procesales y a resolver ella misma el juicio. Es notorio que con este argumento el alto tribunal quiebra el plan del legislador en materia de instancias judiciales, y olvida que es al Congreso a quien le corresponde determinar cuándo y cómo debe ella resolver por apelación, según las reglas que dicho Poder Legislativo prescriba (art. 117, Const. nacional).

CAPÍTULO VIII

SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO. LA ARGENTINA COMO ESTADO

A) INTRODUCCIÓN

§ 334. ***NOMBRES OFICIALES.*** – La Constitución define a nuestro país como "Nación" (p.ej., arts. 1º, 4º, 9º, 13, 14, etc.), "República" (arts. 3º y 10), y más precisamente, "Estado" (arts. 14 bis, 37, 75, incs. 2º y 12, y 126).

El nombre constitucional del Estado argentino ha variado. La Constitución de 1853, en su texto original, tenía como expresión prevaleciente la de "Confederación Argentina", título incorrecto, ya que el Estado regulado por esa Constitución era una *federación* y no una *confederación*.

La reforma constitucional de 1860 introdujo el actual art. 35. En concreto, según ese artículo los nombres "oficiales" del Estado argentino son: *a*) *Provincias Unidas del Río de la Plata*; *b*) *República Argentina*; *c*) *Confederación Argentina*, y *d*) *Nación Argentina*.

§ 335. ***DERECHO CONSUETUDINARIO.*** – Los nombres "Provincias Unidas del Río de la Plata" y "Confederación Argentina" han caído en desuso, pudiéndoselos considerar derogados.

A su vez, el derecho consuetudinario emplea a menudo, oficialmente, el título de Estado argentino (p.ej., art. 1º del Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina, de 1966), o simple-

mente Argentina. Así, por ejemplo, la denominó la Corte ("Delfina c/Illanes", *Fallos*, 191:405).

§ 336. ***Símbolos patrios.*** – Diversos países han *constitucionalizado* (es decir, llevado a su constitución formal) el tema de los símbolos patrios (p.ej., himno, bandera, escudo).

La Constitución argentina formal guarda silencio. El decr. ley 10.304/44 legisló sobre la bandera, la banda presidencial, el escudo y el himno nacional. La ley 23.208 modificó parcialmente aquel decreto.

La determinación de los símbolos nacionales es atribución implícita de todo Estado –lo diga o no su constitución–, como la regulación de su nombre, y atañe a la *identidad* de éste. En la Argentina, a falta de definición constitucional sobre ellos, en principio es una facultad que compete al Congreso, a tenor del art. 75, inc. 32, de la Const. nacional.

No obstante lo dicho, puede concluirse que, en la Argentina, el diseño básico de los cuatro símbolos patrios fundamentales (bandera, himno, escudo y escarapela) ha quedado *constitucionalizado* por el uso, dada la profunda valoración social y el respeto que la comunidad les da, de tal modo que existe ya un derecho constitucional consuetudinario sobre el punto.

§ 337. ***Problemática constitucional del respeto compulsivo a los símbolos patrios.*** – El art. 222 del Cód. Penal argentino castiga con prisión el ultraje a los símbolos patrios. ¿Es constitucional imponer el respeto a éstos, y sancionar a quienes incumplen ese homenaje?

La Corte Suprema ha entendido que es inconstitucional sancionar a niños que por motivos religiosos (pertenecían a la confesión Testigos de Jehová) se negaban a saludar la bandera nacional, siendo por ello expulsados de las escuelas públicas adonde asistían. El alto tribunal juzgó irrazonable la sanción ("Ascensio", *Fallos*, 304:1293), teniendo en cuenta que se aplicaba a niños "inmaduros para ser plenamente responsables del acto omitido".

En definitiva, los derechos personales de libertad de cultos, de privacidad, de expresión política, etc., deben compatibilizarse con el derecho de la comunidad de exigir cortesía y respeto a sus símbolos patrios. No es inconstitucional, pues, demandar actos de esa índole, y sancionar la infracción a tales reglas. Al mismo tiempo, no es razonable (ni, por ende, constitucional) aplicar esas sanciones a quienes carecen del discernimiento suficiente para responsabilizarse de sus actos.

B) Régimen político

§ 338. ***Fisonomía constitucional del Estado argentino.*** – El art. 1º de la Const. nacional puntualiza: "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución".

En el orden de la realidad constitucional, el resultado puede no ser exactamente correspondiente con ese enunciado formal.

§ 339. ***Régimen representativo.*** – El art. 1º declara adoptada la forma "representativa... según lo establece la presente Constitución". El art. 22 añade: "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".

Conforme a ese rígido esquema inicial de 1853-1960, el pueblo no resultaba *órgano de gobierno,* sino solamente *órgano de designación* o de *elección* (no adoptaba pronunciamientos en nombre del Estado; no decidía sobre leyes, paz, guerra, planes económicos, etcétera).

El sistema, pues, era básicamente *representativo* y muy escasamente *participativo*, ya que la intervención popular en los negocios públicos se limitaba a elegir a los electores de presidente y a los diputados. A esto se suma que la representación de estos últimos es *libre*, puesto que la Constitución no prevé ningún *mandato* imperativo que pueda ligar al representante con el pueblo representado, o que dé derechos al pueblo para revocar el mandato de los legisladores.

La expresión constitucional de que el pueblo *gobierna* por medio de sus representantes puede ser engañosa, en el sentido de

que haga suponer que es el pueblo quien efectivamente se gobierna. En realidad, éste sólo elige a muchos de los que gobiernan, atribución, por cierto, significativa, pero que no implica ni nombrar a todos los que gobiernan ni adoptar las decisiones de gobierno.

El panorama descripto sufrió en la reforma de 1994 un vuelco sensible, ya que se reconoció al pueblo el derecho a proponer leyes (art. 39) e incluso a aprobarlas (art. 40, párr. 1°), además de poder ser consultado por el Congreso o el presidente (art. 40, párr. 2°; ver § 433 y 434). Y se acentuó la participación popular en la integración de los poderes al preverse la elección popular de los senadores a partir del año 2001 (art. 54 y disposición transitoria cuarta), y disponerse la elección popular directa del presidente de la Nación.

§ 340. *La representación política en la Constitución.* – Como hecho, o dato de la realidad, la representación política es un concepto elástico, que importa un fenómeno de *adhesión* de los representados hacia el o los representantes. Si se cuenta con adhesión se tiene representatividad. Por ende, existen múltiples *elencos representativos* en una sociedad (hay casos de representación política en los sindicatos, la universidad, la Iglesia, etc.), todos de muy variada intensidad e importancia.

Interesa averiguar quiénes son los "representantes" del pueblo aludidos por el art. 22 de la Const. nacional. En materia de representación política *estatal*, la Constitución vincula la idea de *representación* del pueblo con la de *elección* (así, indica que los diputados, que son "representantes elegidos directamente por el pueblo", conforme al art. 45, duran "*en su representación* por cuatro años", según el art. 50).

Los otros representantes del pueblo, según la Constitución nacional, fueron los constituyentes, a tenor del texto del Preámbulo ("Nos, los *representantes* del pueblo de la Nación Argentina").

El art. 56 de la Const. nacional, referido a los senadores, señala que duran seis años en el ejercicio de su *mandato*. De todos modos, no son ellos en sentido formal representantes del "pueblo" (como en cambio sí lo enuncia la Constitución respecto a los diputados); son senadores *por* cada provincia y *por* la Ciudad de Buenos Aires (art. 54), o *de* las provincias y *de* la Ciudad de Buenos Aires (art. 44).

A su turno, el presidente de la Nación, aunque se lo denomina habitualmente "primer mandatario", no es llamado de ese modo por la Constitución, que tampoco habla de *mandato* en cuanto a su función (sí la califica como *empleo* en el art. 92, o *cargo* en el art. 93).

En síntesis, "representantes del pueblo", en sentido *formal*, son –según el texto constitucional– sólo los constituyentes históricos y los diputados. Ellos poseen representatividad *formal*. La representatividad *real* o *existencial* (fáctica) dependerá del grado concreto de adhesión que encuentren en la comunidad. Si carecieran de tal adhesión perderían su representatividad.

A su turno, otros gobernantes (el presidente y vicepresidente, los senadores y los jueces) no son llamados representantes del pueblo por la Constitución nacional; pero pueden alcanzar representatividad real o existencial en cuanto encuentren adhesión social, y en la medida en que la logren.

§ 341. *Los partidos políticos en la reforma constitucional de 1994.* – La Convención Constituyente introdujo un nuevo artículo, el 38, con importantes novedades. En concreto, estableció la concepción de que los partidos políticos son *instituciones fundamentales del sistema democrático* (la Constitución de 1853-1860 ni los mencionaba en su texto). Para la Argentina, en síntesis, una democracia sin partidos resultaría una democracia inconstitucional. Además estableció las siguientes pautas sobre su creación y el ejercicio de sus actividades: *a*) Libertad de acción dentro de los límites de la Constitución; *b*) organización y funcionamiento democráticos; *c*) representación de las minorías; *d*) competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos; *e*) acceso a la información pública y a la difusión de sus ideas y *f*) obligación del Estado de contribuir al sostenimiento económico de los partidos y a la capacitación de sus dirigentes.

En el seno de la asamblea constituyente quedó perfectamente aclarado por la Comisión de Participación Democrática y de Redacción, que tal "competencia" no significaba que la Constitución

impulsara el monopolio de la presentación de candidatos por los partidos, aunque la ley sí podría hacerlo, o permitir también la existencia de candidatos independientes, no propiciados por partidos. Tal opción quedaba, pues, en manos del legislador ("Diario de Sesiones", p. 1935 y ss., *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4371 y siguientes). En cuanto a la contribución económica y capacitación, según el miembro informante Cáceres, ello posibilitaría la igualdad de oportunidades de los partidos ("Diario de Sesiones", p. 1834, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4671). Como contrapartida, los partidos tienen que dar a publicidad el origen y destino de sus fondos y patrimonios.

§ 342. ***La representación política en el derecho constitucional secundario. Régimen legal de los partidos.*** – El sujeto representado (el pueblo) elige a sus representantes, según la legislación vigente, sólo por medio de *partidos políticos*, declarados por el art. 2° de la ley 23.298: "instrumentos necesarios para la formulación y realización de la política nacional", y a quienes "les incumbe, en forma exclusiva, la nominación de candidatos para cargos públicos electivos".

Para la Corte Suprema, los partidos son instrumentos de gobierno que tienen como función actuar como intermediarios entre éste y las fuerzas sociales ("Partido Obrero", *Fallos*, 315:380) y, consecuentemente, tienen deberes; por ejemplo, contribuir a la regularidad funcional del proceso político y a una mayor efectividad y eficiencia del sistema electoral ("Unión de Fuerzas Sociales", *Fallos*, 315:71).

En "Ríos" (*DJ*, 1987-2-647), la Corte Suprema trató el problema de la constitucionalidad de ese monopolio partidario en la presentación de candidatos a las elecciones, y juzgó que era una de las vías legales *posibles* para instrumentar el sistema constitucional de elecciones. Para el alto tribunal, en resumen, la Constitución no prohibía ese monopolio (tampoco, desde luego, lo *imponía*).

La ley 23.298 permite que los partidos presenten a las elecciones candidatos que no estén afiliados, siempre que lo autoricen sus cartas orgánicas (art. 2°).

§ 343. ***Formación. Control ideológico.*** – La ley 23.298 prevé tres tipos de organizaciones partidarias: *a*) los *partidos de distrito* (provincias y Capital Federal) que están formados por ciudadanos unidos por un vínculo permanente, y deben reunir en principio el cuatro por mil del total de los inscriptos en el registro electoral del distrito; *b*) los *partidos nacionales*, que son los reconocidos al menos en cinco distritos, y *c*) las *confederaciones, fusiones* y *alianzas transitorias* entre partidos (arts. 7° a 9°).

Los partidos deben presentar una *declaración de principios* (programa o bases de acción política), su *carta orgánica*, su *nombre* (que no podrá contener designaciones personales, ni las expresiones "argentino", "nacional" o "internacional"; ni tampoco palabras que pudiesen afectar las relaciones internacionales o que exterioricen antagonismos raciales, de clases, religiosos, o que provoquen confusión con el nombre de otros partidos). Antes de cada elección, deben presentar su *plataforma electoral* (arts. 7°, 16 y 22).

Interesa apuntar que, inversamente a otras normas regulatorias de los partidos, la actual ley 23.298 no establece un *control ideológico* sobre ellos.

Sin embargo, se los puede declarar extinguidos cuando autoridades del partido o candidatos no desautorizados por aquéllas, cometieren delitos de acción pública o impartieren instrucción u organización militar a sus afiliados (art. 51, incs. *c* y *d*, ley 23.298).

En anteriores oportunidades, la Corte Suprema consideró constitucional ese control ideológico y justificó la proscripción de cualquier partido que pusiera en peligro la subsistencia de las instituciones democráticas ("Partido Obrero", *Fallos*, 253:133).

Para operar como tales, los partidos deben contar con reconocimiento de la justicia electoral, de su personería jurídico-política, mediante la inscripción en el registro público correspondiente (art. 2°, ley 23.298).

Cada partido tendrá derecho exclusivo al registro y uso de sus símbolos, emblema y número (art. 38). La Corte Suprema ha reconocido que ello incluye el uso de sus banderas y canciones ("Partido Justicialista", *Fallos*, 291:252).

§ 344. ***Funcionamiento interno. Selección de candidatos. Financiamiento.*** – Los partidos se regulan según su carta orgánica, que disciplina también las elecciones internas, las que son verificadas por la justicia electoral (arts. 29 y 30).

Como se puede advertir, la ley 23.298 no establece –en su texto original– un régimen específico para seleccionar los candidatos que cada partido presentará en las elecciones generales. Esto permite que dichos candidatos sean reclutados directamente por las cúpulas partidarias, y no mediante comicios internos donde participen los afiliados, circunstancia que acentúa el riesgo de las oligarquías partidocráticas internas.

La ley 25.611 modificó la ley 23.298 y determinó el sistema de elecciones *internas abiertas* para que los partidos escojan sus candidatos a presidente, vicepresidente, diputados nacionales y senadores (art. 4°). El voto es secreto y no obligatorio. Los ciudadanos inscriptos en el padrón electoral general pueden votar únicamente en la elección interna de un solo partido o alianza. Se imputa a este régimen que simpatizantes de un partido pueden votar en las internas de otro, desfigurando así a este último y los resultados del comicio.

A su turno, la ley 25.600 se ha ocupado del financimiento de los partidos políticos. Contempla aportes del Estado, por medio del Fondo Partidario Permanente, para el desenvolvimiento institucional y capacitación política, y para las campañas generales (art. 12). Regula asimismo el financiamiento privado.

También dispone límites a los gastos en las campañas electorales, los que –tanto para las legislativas como para las presidenciales– no podrán superar el equivalente a un peso por cada elector habilitado para votar (art. 40).

La ley programa diversos mecanismos de control y sanciones para supuestos de infracción. La experiencia ha probado que esos dispositivos de fiscalización no siempre han sido eficaces.

§ 345. ***Caducidad y extinción.*** – La ley 23.298 distingue dos supuestos distintos concernientes al retiro de la personería legal de los partidos políticos.

a) La *caducidad*, que importa la "pérdida de la personalidad política" (pero no su desaparición como persona jurídica).

b) La *extinción*, que importa la *disolución* del partido (arts. 49 y 51), acaece por las causas que determine su carta orgánica, por la voluntad de sus afiliados, por impartir instrucción militar a éstos u organizarlos militarmente, o si las autoridades del partido, o sus candidatos no desautorizados por ellas, cometen delitos de acción pública.

§ 346. ***La representación política en el orden de las realidades.*** – Entendida como fenómeno de *adhesión* (ver § 340), la representación política *real* es mucho más abundante que la representación política *formal* explicitada en el texto constitucional.

Por eso es posible encontrar numerosos casos de representación política no incorporados por el texto constitucional (sindical, empresarial, universitaria, etcétera). Tales representaciones, fundadas en hechos de adhesión social, tienen naturaleza política en cuanto refieren a situaciones de poder, y a menudo compiten con la representación política parlamentaria explicitada en la Constitución.

§ 347. ***Régimen republicano. Perfil ideológico.*** – La palabra "república" significaba antiguamente *Estado*. Posteriormente, se la contrapone a *monarquía* (gobierno de uno solo). Por tal razón, Montesquieu distingue dos tipos de repúblicas: las *aristocráticas*, donde gobiernan varios, pero no la mayoría, y las *democráticas*, donde el poder reside en la mayoría del pueblo.

Actualmente algunos Estados se presentan como repúblicas *democráticas* y *populares* (p.ej., art. 1°, Const. de China). Son –generalmente– naciones que aspiran a eliminar la división de la sociedad en clases y erigir un sistema político-económico de tipo socialista.

¿Qué tipo de república patrocina el art. 1° de la Const. nacional? Una primera lectura indica que postula una república *democrática*, ya que es el *pueblo* el que elige a los diputados (art. 45), senadores (art. 54) y al presidente (art. 94), como al vicepresidente. También postulan un sistema democrático, expresamente, los arts. 36, 38 y 75, incs. 19 y 24. Asimismo, hay derechos constitucionales que emanan "de la soberanía del pueblo" (art. 33).

El marco ideológico de la república del art. 1° es múltiple: tiene bases liberales y cristianas, y a partir de la reforma de 1957, las de un Estado *social* de derecho (§ 272). Rechaza posturas totalitarias de cualquier signo, al reconocer los derechos naturales de los hombres y de las sociedades (art. 33; ver § 859); y en lo económico, descarta un esquema básicamente colectivista (art. 17). Requiere a gobernantes y gobernados *virtud republicana*, al erigir a la *moral pública* como valor constitucional (art. 19).

§ 348. ***Características de la República en el marco de la Constitución.*** – El art. 1° idea una república "según lo establece la presente Constitución". Aparte de lo ya indicado en cuanto a su filiación ideológica, hay ciertas notas estructurales que emergen del texto constitucional y que veremos a continuación.

a) *Periodicidad en el desempeño de los cargos públicos fundamentales.* Cabe mencionar, con respecto a los poderes Ejecutivo y Legislativo, que quienes los ocupan actúan por períodos determinados, es decir que una de sus características consiste en la periodicidad en la renovación de los cargos. No así para los jueces (Poder Judicial), que son vitalicios, mientras conserven su buena conducta (art. 110, Const. nacional). El art. 99, inc. 4, que estableció en 1994 un tope de edad, fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema (ver § 607).

b) *Responsabilidad de los gobernantes.* Ello se evalúa mediante tres mecanismos clave: el juicio político al presidente, vicepresidente, ministros y jueces de la Corte Suprema (arts. 53, 59 y 60); la corrección o remoción de los legisladores, por decisión de cada cámara (art. 66); y el jurado de enjuiciamiento, para los jueces federales inferiores a la Corte (art. 115). Sin embargo, los dos primeros dispositivos han funcionado con muy escaso éxito, ya que ningún presidente, vicepresidente o ministro fue siquiera acusado por la Cámara de Diputados, por mal desempeño en su cargo, en toda la historia argentina, y ningún diputado o senador, por ejemplo, ha sido removido por no concurrir habitualmente a las sesiones de las cámaras, o por no presentar proyectos legislativos durante su mandato.

c) *Publicidad de los actos de gobierno.* Es un presupuesto indispensable para efectivizar el principio de responsabilidad. No

obstante, existen en la Argentina más de un centenar de leyes secretas, y miles de decretos secretos, ignorados incluso por el Poder Judicial; a partir del dictado de la ley 26.134 se ordenó su publicación.

d) *Igualdad ante la ley.* Pese a ello, la Constitución inicial de 1853-1960 (art. 16) no programó ningún sistema de igualdad *real* de condiciones, o de igualdad *real* de oportunidades, limitándose a enunciar una igualdad puramente *formal*. Obviamente, las desigualdades económicas y culturales hacen disminuir –y algunas veces impiden– el efectivo ejercicio de ciertos derechos constitucionales, civiles y políticos, para quienes se hallen en inferioridad de condiciones.

Pero es cierto que la reforma constitucional de 1994 cambió ese panorama, previendo precisamente acciones positivas para asegurar una *igualdad real de oportunidades*, en materia del ejercicio de derechos políticos, para varones y mujeres (art. 37), o respecto de personas vulnerables, como mujeres, niños, ancianos y discapacitados (art. 75, inc. 23).

e) *División de los poderes.* La Constitución diseña tres poderes: el *Legislativo* (art. 44) a cargo de dos cámaras, la de Diputados y la de Senadores; el *Ejecutivo*, desempeñado por un presidente (art. 87), y el *Judicial*, a cargo de los jueces de la Nación (art. 108).

La reforma de 1994 incluyó una cuarta sección en el esquema de los poderes, dedicada al Ministerio Público (fiscales y defensores). Aparentemente, éste tiene fisonomía de "cuarto poder", aunque en rigor de verdad es un *órgano extrapoder* (ver § 615 a 618), esto es, una nueva figura institucional, con importantes atribuciones, aunque no equiparable a uno de los tres poderes clásicos.

La independencia funcional de estos poderes es relativa. Si un partido político domina en el Poder Ejecutivo y es mayoría en ambas cámaras, la efectiva división de poderes puede entrar seriamente en crisis (p.ej., por falta de control del Poder Legislativo en cuanto a los actos del presidente) máxime cuando el presidente, con acuerdo del Senado, nombra a los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y el Congreso mediante el juicio político, está habilitado para remover a tales magistrados, o para aumentar discrecional e ilimitadamente su número (art. 108).

La Corte Suprema ha dicho que el principio de *división* de los poderes debe complementarse con el de *equilibrio* de esos mismos poderes ("Recchia de Sedrán", *Fallos*, 305:504).

§ 349. ***República y soberanía del pueblo.*** – El art. 33 de la Const. nacional incluye dos conceptos que deben conciliarse: soberanía del pueblo y forma republicana de gobierno. La expresión "soberanía popular" aparece igualmente en el art. 37.

La expresión *soberanía del pueblo* puede dar a entender que éste se encuentra habilitado para adoptar la forma de gobierno que desee (incluso una totalitaria), reconocer los derechos personales que quiera admitir y, en síntesis, hacer lo que le plazca.

Tal interpretación del art. 33 de la Const. nacional es errónea. Primero, porque el pueblo, como cuerpo electoral, elige a legisladores y al presidente o vicepresidente, pero –como establece la ley 23.298– únicamente puede hacerlo entre los candidatos que presenten los partidos políticos (ver § 342).

También nombra, por derecho consuetudinario, a los miembros de la asamblea constituyente, aunque son éstos, y no el pueblo, quienes elaboran la reforma constitucional, según el art. 30 de la Const. nacional.

Por otro lado, el art. 33 de la Const. nacional (según su fuente histórica, la reforma constitucional de 1860) reconoce derechos naturales de los hombres y de las sociedades, *previos* y *superiores* a cualquier constitución positiva, y que ninguna puede desconocer, de tal modo que una reforma constitucional –aunque tuviera apoyo social– que intentase defenestrarlos, resultaría inconstitucional y jurídicamente ilegítima, al ir contra preceptos de derecho natural.

Además, debe tenerse presente que el intérprete final de la Constitución y del derecho argentino (y quien, define y dirime los conflictos constitucionales y determina –de haber juicio– las cuotas de poder en el Estado, y entre el Estado y los particulares) es el Poder Judicial y, en particular, la Corte Suprema, pero no el pueblo.

En resumen, técnicamente hablando, el pueblo no es soberano (en un sentido literal y absoluto) dentro del esquema constitucional de 1853-1860, salvo que por soberanía popular se entienda que

tiene los siguientes derechos fundamentales: *a*) residencia en él del poder constituyente, recibido de Dios ("fuente de toda razón y justicia", según el Preámbulo); *b*) con derecho de adoptar y cambiar la forma de gobierno que repute mejor, en función del bien común; *c*) con la obvia facultad de designar a parte de sus gobernantes, y *d*) con la atribución de reglar las relaciones entre las personas y el Estado, pero sin desconocer los derechos naturales de los hombres y de las sociedades.

§ 350. ***Régimen federal.*** – Partiendo del supuesto de que "las constituciones deben ser adecuadas al país que las recibe", Alberdi propuso en su proyecto de constitución un *sistema mixto* (*inevitable*, añadía) que "abrace y concilie las libertades de cada provincia y las prerrogativas de toda la Nación" (*Bases*, cap. XVII). La tesis de la *fusión* entre las formas *de unidad y federación* (*Bases*, caps. XXI y XXII) perfila el régimen que la Constitución nacional llama "federal" en su art. 1°.

En concreto, la Constitución diseña un Estado *intermedio* (como también lo rotuló Alberdi) entre una federación y un país unitario, con un "Gobierno federal" (así lo llama, p.ej., en los arts. 2° y 4°), y "gobiernos de provincia" (como los denomina en el Título Segundo de la Segunda Parte). El Gobierno federal y los de provincias forman en su conjunto las "autoridades de la Nación", según la terminología empleada como título de la Segunda Parte de la Constitución nacional.

Por esa estructura *semifederal*, o *mixta*, las provincias son *autónomas*, en el sentido de que eligen sus propias autoridades (art. 122), dictan sus constituciones locales, bajo ciertos recaudos (art. 6°), y cuentan con una Cámara en el Congreso nacional (el Senado), formado por los senadores de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires (art. 54).

Esto último importa, teóricamente, la participación de la *voluntad provincial* en la elaboración del derecho nacional, en la designación de algunas autoridades federales, como jueces, militares superiores y embajadores (art. 99, incs. 4°, 7° y 13) y en la adopción de ciertas decisiones políticas (p.ej., en la declaración del estado de sitio por ataque exterior, que pronuncia el presidente con acuerdo del Senado –art. 99, inc. 16, Const. nacional–).

Las ecuaciones de poder entre el Gobierno federal y los provinciales se concretan, además, con un reparto de competencias: poderes *exclusivos de la Nación*, *exclusivos de las provincias*, poderes *concurrentes*, poderes *prohibidos para la Nación* y *prohibidos para las provincias*. Los poderes no otorgados por la Constitución de la Nación, pertenecen a las provincias (art. 121).

La Corte Suprema ha calificado a la federación argentina como una "unión indestructible de provincias indestructibles" ("Bressani", *Fallos*, 178:9), tesis que, sin embargo, no es absoluta (ver § 367). También ha dicho que la Constitución abraza el ideal federalista con idéntico fervor que el republicano ("Montes de Oca", *Fallos*, 315:2780) y que, por ende, este último, es de "unidad en la diversidad".

§ 351. ***Repliegue del federalismo argentino.*** – El sistema federal originariamente planeado por la Constitución de 1853-1860 ha sufrido grandes desequilibrios, en favor del Gobierno federal y en desmedro de los provinciales. Tal mutación, tiene varias causas.

a) Una evolución natural, común a muchas federaciones, por la cual el poder tiende a concentrarse en las autoridades centrales.

b) La falta de vocación federalista de la dirigencia política, que ha transformado a los senadores de representantes de las provincias en representantes de los partidos a los que pertenecen.

c) La existencia de grandes partidos nacionales, que han impuesto sus directivas tanto a legisladores federales cuanto a gobernadores y legisladores provinciales.

d) El cesarismo presidencial.

e) Un uso arbitrario de las intervenciones federales.

f) La vigencia en todo el país, durante lapsos prolongados (un cuarto del siglo xx), de gobiernos de facto que adoptaron una estructura unitaria de gobierno.

§ 352. ***La Argentina como Estado de derecho.*** – En diversos fallos (p.ej., "Gastaldi", *Fallos*, 308:1671), la Corte Suprema ha entendido a la Argentina como *Estado de derecho*.

En "Recchia de Sedrán" (*Fallos*, 305:504), la Corte dijo que el Estado de derecho, para tipificarse, exige: *a*) la existencia de un orden jurídico; *b*) que éste sea justo; *c*) que tenga vigencia efectiva, esto es, realización práctica, y *d*) que se sancionen las transgresiones a tal orden legal.

CAPÍTULO IX

ELEMENTOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO ARGENTINO

A) TERRITORIO

1) EL TERRITORIO ARGENTINO

§ 353. ***TERRITORIO, DOMINIO, JURISDICCIÓN.*** – Estos conceptos son controvertidos en el derecho público. Intentaremos precisar el sentido con que aquí serán empleados.

a) *TERRITORIO.* Es una porción del espacio geográfico donde el Estado ejerce su *dominio eminente*, o *dominio territorial*, es decir, la potestad suprema de regular en él la vida social. Puede considerarse que *dominio eminente* y *jurisdicción* coinciden básicamente. El territorio puede ser *terrestre* (suelo y subsuelo), *acuático* (marítimo, fluvial, lacustre) y *aéreo*.

b) *TERRITORIO "ARGENTINO" O "NACIONAL", "FEDERAL" Y "PROVINCIAL".* Dada la estructura federal es factible distinguir los siguientes:

1) El *territorio argentino* (art. 14, Const. nacional), es el territorio *global* o *total*, descripto en el art. 15 como "el territorio de la República", y en el art. 75, inc. 2, como "*todo* el territorio de la Nación". Puede llamarse también "territorio nacional".

2) El *territorio federal*, formado por la Capital Federal, que es una zona federalizada (art. 3º, Const. nacional); los territorios nacionales, cuando existían: art. 75, inc. 15, y el mar territorial argentino y

su plataforma, situado fuera de la franja perteneciente a las provincias. Todo con el espacio aéreo pertinente y el subsuelo accesorio.

3) El *territorio de las provincias*, asiento de éstas, mencionado por el art. 6° de la Const. nacional, sumado al espacio aéreo del caso, más la franja costera marítima de tres millas, y el subsuelo accesorio. Tanto en el territorio federal como en el territorio de las provincias, existen territorios *municipales*.

c) *Dominio público y privado.* En cada territorio hay bienes de dominio *público*, cuando son destinados al uso público (también se los llama bienes dominicales, dominiales o públicos), y bienes de dominio *privado*, del Estado o de los particulares, que no están destinados al uso público.

§ 354. ***Conexiones.*** – Las relaciones entre los conceptos jurídicos "dominio eminente" (asimilable a la idea de "jurisdicción"), "dominio público", "dominio privado", territorios federal-nacional, provincial y argentino, no son fáciles de coordinar en un Estado federal (p.ej., en el territorio federal, el dominio pertenece a las autoridades federales –nacionales–, en él hay bienes sometidos al dominio público –del Estado nacional–, o al dominio privado –de las provincias o de los particulares–).

§ 355. ***El territorio en la Constitución argentina.*** – La Constitución nacional se refiere varias veces al territorio, aunque no siempre guarda coherencia consigo misma.

a) *División.* Algunas veces, la Constitución se refiere a *todo* el "territorio argentino" (así, art. 14). En otras, alude a *partes* del territorio argentino: así, el asiento de la Capital Federal, o "territorio a federalizar" (art. 3°); el "territorio de una provincia" (art. 11).

b) *Normas de competencia.* La Constitución ha dictado aquí varias directrices; por ejemplo, al conferir atribución al Congreso federal para arreglar los límites de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, determinar la organización de los territorios nacionales (art. 75, inc. 15).

§ 356. ***Vigencia de la Constitución en el territorio argentino.*** – El territorio actual incluye aproximadamente la mitad del antiguo Virreinato del Río de la Plata.

Conviene señalar que la Constitución nacional no rige en todo el territorio argentino. Las Islas Malvinas, por ejemplo, se encuentran bajo ocupación británica desde 1833 (salvo algunos meses durante 1982, en que fueron transitoriamente recuperadas por la Argentina). En el sector antártico, a su vez, existen bases de otros países, y ha regido el Tratado Antártico de 1959, que impuso un estatus jurídico particular en materia de dominio eminente. La superficie es de 3.761.274 km² sin incluir el territorio marítimo, con la conformación política (ver cuadro siguiente).

Divisiones (provincias)	Km²	Superficie nacional (%)
Buenos Aires	307.571	8,2
Catamarca	100.967	2,7
Chaco	99.633	2,6
Chubut	224.686	6,0
Ciudad de Buenos Aires	200	0,0
Córdoba	168.766	4,5
Corrientes	88.199	2,3
Entre Ríos	78.781	2,1
Formosa	72.066	2,0
Jujuy	53.219	1,4
La Pampa	143.440	4,0
La Rioja	89.680	2,3
Mendoza	150.839	4,0
Misiones	29.801	0,8
Neuquén	94.078	2,5
Río Negro	203.013	5,4
Salta	154.775	4,1
San Juan	87.639	2,3
San Luis	76.748	2,0
Santa Cruz	243.943	6,5
Santa Fe	133.007	3,5
Santiago del Estero	135.254	3,6
Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur	1.002.445	26,6
Tucumán	22.524	0,6
Total general	3.761.274*	100,0

* Al continente americano corresponden 2.791.810 km²; al antártico (incluyendo las Islas Orcadas del Sur), 965.314 km², y a las islas australes (Georgias del Sur y Sandwich del Sur), 4.150 km2.

Fuente: *Atlas universal y de la República Argentina* (Aguilar).

Con relación a las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur, y espacios insulares correspondientes, la disposición transitoria primera de la Constitución (texto de 1994) ratificó la legítima e imprescriptible soberanía argentina sobre ellos, "por ser parte integrante del territorio nacional".

La enmienda añadió que la recuperación y el pleno ejercicio de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes y el derecho internacional, "constituye un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino".

Jurídicamente, las islas Malvinas forman parte de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (ley 23.775, decr. ley 2191/57). De hecho, sin embargo, en su territorio no se aplica la Constitución nacional, ni la provincial del caso, sino la de las islas Falkland (*Falkland Island Constitution*), sancionada por el Parlamento Británico en 1985 y reformada en 1997, que reputa a las islas "colonia", según la cláusula 2ª, de interpretación, del instrumento de promulgación.

§ 357. ***Determinación de los límites nacionales. Normas constitucionales.*** – La Constitución nacional se refiere en una oportunidad a los límites nacionales. El art. 75, inc. 15, expresa que corresponde al Congreso nacional "arreglar definitivamente los *límites* del territorio de la Nación".

Otra norma complementaria es el art. 75, inc. 22, y el inc. 16, que obliga al Congreso a "proveer a la seguridad de las fronteras".

§ 358. ***Función del Congreso.*** – El empalme de estos preceptos constitucionales no es fácil, en torno al papel que debe desempeñar el Congreso.

a) Una tesis sostiene que el sentido de la palabra "arreglar", del art. 75, inc. 15, indica que, en materia de límites internacionales, el Congreso no podría decidir por sí solo, ya que es necesario el acuerdo del otro país involucrado. Paralelamente, para esta postura, el rol del Congreso debería ser de *control* del tratado de límites que celebra el presidente, a quien le compete el manejo de las relaciones exteriores (art. 99, inc. 11, Const. nacional).

b) Otra corriente confiere un papel más activo al Congreso, el que, en virtud del verbo "arreglar" empleado por el art. 75, inc. 15, de la Const. nacional, podría intervenir activamente en el tema, participando en la gestión internacional de elaboración de un tratado, o imponiéndole al presidente ciertas condiciones previas a su redacción (sin perjuicio del control posterior, al aprobárselo mediante ley).

§ 359. ***Participación popular en el arreglo de límites.*** – En ocasión del conflicto del canal de Beagle y zonas contiguas, entre la Argentina y Chile, el Poder Ejecutivo dispuso por decr. 2272/84 celebrar una consulta popular, optativa para la ciudadanía y no vinculante para los poderes públicos, en torno de la propuesta papal. El plebiscito se realizó el 25 de noviembre de 1984, y sufragó alrededor del 70% del electorado. De esos votantes, aproximadamente un 81% respondió en favor del laudo pontificio.

La impugnación a esta consulta se fundó entonces en el art. 22 de la Const. nacional, que impide al pueblo, por sí mismo, deliberar o gobernar. Ahora está permitida por el art. 40.

§ 360. ***Principales tratados y cuestiones de límites pendientes.*** – La Argentina ha tenido importantes conflictos fronterizos, resueltos por ejemplo, con Chile mediante los tratados de 1881, los pactos de mayo de 1902, la mediación papal que culmina con la ley 23.172, etcétera. Con Bolivia, celebró los tratados de 1889, 1925 y el protocolo de 1941. Con el Paraguay, según los tratados de 1852, 1876, 1939 y 1945. Respecto del Brasil, por los tratados de 1857, 1885, 1889 y laudo arbitral de 1895. Con Uruguay se celebraron tratados en 1910, 1916 y 1973.

Quedan pendientes algunas disputas sobre el territorio terrestre. La delimitación del mar territorial es, asimismo, una cuestión inconclusa, puesto que el derecho argentino sobre el punto no es el admitido por toda la comunidad internacional.

En la Antártida, nuestro país declaró como suyo (decr. 2191/57) un triángulo delimitado por el paralelo 60° y los meridianos 25° oeste y 74° oeste de Greenwich. También suscribió el Tratado Antártico de 1959 (ley 15.802) que no dispone la internacionalización del continente, pero sí regula la utilización de ciertos recursos del área. Los Estados firmantes se comprometen a no realizar nuevas reclamaciones de soberanía en la Antártida.

§ 361. *La seguridad de las fronteras.* – El art. 75, inc. 16, de la Const. nacional puntualiza que corresponde al Congreso "proveer a la seguridad de las fronteras".

En el derecho subconstitucional, ciertas leyes se ocupan del tema como la ley orgánica de la Gendarmería Nacional (19.349); la ley de defensa nacional (23.554), que deja en manos de la Gendarmería y de la Prefectura Naval Argentina el "debido y permanente control y vigilancia de las fronteras"; el decr. ley 15.385/44, que creó "zonas de seguridad de fronteras".

2) El territorio federal

§ 362. *Introducción.* – El territorio propiamente nacional se integra básicamente con: *a*) el territorio federalizado como Capital de la Nación (art. 3°, Const. nacional) y su subsuelo; *b*) los territorios nacionales y su subsuelo "que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias" (art. 75, inc. 15, Const. nacional), y *c*) el mar territorial y el espacio aéreo no provincial.

§ 363. *La Capital Federal. Disposiciones constitucionales y normas complementarias.* – El art. 3° de la Const. nacional expresa que "las autoridades que ejercen el Gobierno federal, residen en la ciudad que se declare Capital de la República por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales, del territorio que haya de federalizarse". Este texto proviene de la reforma constitucional de 1860.

De hecho, Mitre llevó la capital a Buenos Aires, solución confirmada por la ley 19, de 1862, llamada "de compromiso": las autoridades capitalinas residirían en la ciudad de Buenos Aires, pero ésta no se encontraba federalizada. Después de una serie de conflictos, la ciudad de Buenos Aires quedó federalizada por la ley 1029 (1880), prestando la provincia de Buenos Aires su conformidad el 26 de noviembre de ese año. El territorio capitalino fue ampliado por las leyes 1885 y 2089.

§ 364. *Cuestiones que plantea el artículo 3° de la Constitución nacional.* – Esta norma suscita una serie de interrogantes.

a) *Formas de adopción de la cesión provincial.* El procedimiento por el cual una provincia cede parte de su territorio para instalar en él la Capital Federal no está previsto por la Constitución nacional, sino que se regula por el derecho local provincial. No es necesariamente en virtud de una ley como podría manifestarse.

b) *Cesiones condicionales.* La Constitución nacional dice "previa cesión". ¿Puede existir una cesión condicional? En principio, parecería que la Constitución no admite tal variable, máxime teniendo en cuenta los principios constitucionales de *funcionalidad* y *estabilidad* (ver § 17). Sin embargo, la ley nacional 23.512 aceptó las cesiones condicionadas dispuestas por las leyes 2086 de Río Negro y 10.454 de Buenos Aires.

c) *Multiplicidad de traslados.* La reforma constitucional de 1994 aclara en definitiva el problema, al contemplar en el art. 45, de modo específico, la posibilidad del traslado de la Capital Federal a un lugar distinto de la Ciudad de Buenos Aires.

§ 365. *Territorios nacionales.* – La Constitución los menciona en el art. 75, inc. 15: son los que "queden fuera de los límites que se asignen a las provincias".

Desde el siglo pasado fueron creados distintos "territorios" o "gobernaciones" nacionales.

La mayoría de estos territorios fue provincializada por las leyes 14.037 y 14.408.

No hay otros "territorios nacionales", salvo el territorio federalizado de la Capital Federal (art. 3°) con su régimen sui géneris previsto por el art. 129. Pero nada impediría que con la voluntad de las provincias se formara un territorio nacional, o que éste surgiese de la incorporación a la Argentina de una zona de otro país.

3) El territorio de las provincias

§ 366. *Principio de la integridad territorial.* – Cada provincia cuenta con su territorio. Esto se desprende de varias normas constitucionales (arts. 3°, 13 y 75, inc. 15, etcétera). El art. 13 enuncia una regla importante: "Podrán admitirse nuevas provincias en la Nación; pero no podrá erigirse una provincia en el terri-

torio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la legislatura de las provincias interesadas y del Congreso".

De esa cláusula se desprende el *principio de integridad territorial* de las provincias: no es válido despojarle a una de ellas de un segmento de su territorio, sin su consentimiento. La Constitución nacional tiene dos directrices prohibitivas claras cuando establece que sin la conformidad de la provincia afectada, no es posible que se forme una provincia en el seno de otra, y que de varias provincias se forme una sola.

También cabe preguntarse si el Congreso, al *arreglar* los límites de la Nación, de acuerdo al art. 75, inc. 15, de la Const. nacional (ver § 370), no podría reducir la superficie de una provincia, y hasta (hipotéticamente) extinguirla.

El art. 75, inc. 15, de la Const. nacional habilita al Congreso a ceder territorio provincial para concluir un conflicto limítrofe externo, ya que el *arreglo* exige habitualmente alguna concesión de superficie. La duda que emerge es si la provincia perjudicada podría cuestionar la constitucionalidad de ese arreglo, de ser notoriamente arbitrario. Nos parece absurdo negarle legitimación para ese planteo, sobre un asunto que otrora sería "cuestión política no justiciable", pero que de acuerdo con la actual evolución jurisprudencial, bien podría asumir condición de justiciable.

§ 367. ***Principio de la indestructibilidad de las provincias.*** Siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en "Texas v. White", nuestro alto tribunal ha dicho que la Argentina es una "unión indestructible de Estados indestructibles" ("Bressani", *Fallos*, 178:9).

Sin embargo, la tesis es relativa: la Constitución permite explícitamente en su art. 13 que una provincia voluntariamente se acople a otra, o que dos (o más) formen una sola.

También es factible, según el mentado art. 13, que una provincia se divida en dos o más.

En cualquiera de estos casos, el art. 13 de la Constitución exige el consentimiento de la provincia afectada y del Congreso nacional, cuyo control, según la jurisprudencia estadounidense, tiene un doble objetivo: impedir combinaciones de Estados provinciales

que pudieran afectar la supremacía de la autoridad nacional; y proteger los intereses de los diversos Estados provinciales, en particular de los menos poderosos (casos "Virginia v. Tennessee"; "Buckner v. Finley"; "Mahon v. Justice", etcétera).

§ 368. ***El derecho de secesión.*** – Es usual afirmar que en una federación (como la Argentina), una provincia, *land* o cantón carece de la facultad de retirarse o separarse. La discusión teórica fue resuelta en los campos de batalla de Estados Unidos de América, con el triunfo de los unionistas y la derrota de los separatistas, precisamente en la "guerra de secesión" o guerra civil (1861-1865). No obstante, alguna constitución federal reconoció el derecho de sus provincias o Estados a separarse (p.ej., art. 72, Const. de la URSS, de 1977).

¿Permite la Constitución nacional la separación de una provincia, con anuencia de ella y de la Nación? El art. 13 facilita que se erija una provincia en el territorio de otra (o de varias), con autorización de la provincia involucrada y del Congreso. No parece, pues, que exista una definida previsión constitucional negatoria de la posibilidad que comentamos: la desmembración de una provincia presenta más bien un caso de *laguna constitucional*, integrable por vía analógica con la previsión del art. 13, esto es admisible, previa decisión de ella y de la Nación.

§ 369. ***Conflictos limítrofes provinciales. Distintas alternativas.*** – La regulación de los límites provinciales incide, naturalmente, en la conformación del territorio de las provincias. Aquí cabe diferenciar dos situaciones conflictivas distintas: la determinación de *límites*, tarea que comprende la *fijación* jurídica de esas fronteras, y la *demarcación* en el terreno. La fijación de los límites provinciales, de haber conflicto al respecto, corresponde al Congreso nacional (art. 75, inc. 15, Const. nacional), y la *solución de controversias* respecto de *límites preexistentes*.

En tal caso, *de haber límites*, pero discutidos, el problema es tarea judicial, siendo en principio competente la Corte Suprema (art. 117, Const. nacional –ver § 373–).

§ 370. ***Determinación de límites provinciales por parte del Congreso. Naturaleza y bases de su decisión.*** – El art. 75, inc.

15, de la Const. nacional deja en manos del Congreso *fijar* los límites "de las provincias".

El acto de delimitación de las áreas provinciales es *unilateral* del Congreso, quien, en el lenguaje constitucional, *asigna* tales límites (ver art. 75, inc. 15 *in fine*, Const. nacional). No obstante, tal asignación no puede ser (en una Constitución que se propone "afianzar la justicia", según dice el Preámbulo) arbitraria o caprichosa, sino enmarcada según las bases jurídicas y los valores jurídico-políticos que patrocina la Constitución. La doctrina precisa, al respecto, ciertas pautas elementales en el proceso demarcatorio del Congreso.

a) Los principios de derecho público de la Constitución (argumento del art. 27); por ejemplo, el de integridad de las provincias (art. 13).

b) Ciertas reglas de derecho internacional público que, por similitud con las relaciones internacionales, se aplican a las relaciones interprovinciales (Frenkel).

c) Determinados principios iusprivatistas, como el ejercicio de la posesión clara, inequívoca y actual de las áreas en litigio.

d) La justicia y equidad, en función de los principios de *lealtad federal* (ver § 669) y *fraternidad interprovincial.*

e) Otros postulados constitucionales de tipo procesal, como el del debido proceso (Bidegain), que impone oír a las partes afectadas.

Aun así, la Corte Suprema ha sostenido que la determinación de los límites de las provincias, llevada a cabo por el Congreso, es "de carácter político", y que en ella están interesadas no sólo las provincias afectadas, sino también toda la Nación, ya que está en juego el equilibrio global de la federación ("Prov. Santa Fe y Córdoba s/límites interprovinciales", *Fallos*, 114:426).

§ 371. ***Recurribilidad.*** – Se ha puntualizado que la decisión del Congreso cuando asigna límites provinciales es irrecurrible judicialmente (Carbone), configurando así una suerte de cuestión política no justiciable.

No obstante, de mediar arbitrariedad en lo decidido, el pronunciamiento del Congreso resultaría inconstitucional, y ese vicio

podría eventualmente ser evaluado en sede judicial en función de los arts. 116 y 117 de la Const. nacional.

§ 372. ***Alternativas de determinación de límites provinciales sin intervención del Congreso.*** – En la experiencia jurídica constitucionalista argentina se han instrumentado otras vías de solución de conflictos interprovinciales, además de la decisión del Congreso.

Una vía es la *autocomposición*, o arreglo conjunto de los problemas fronterizos, sistema auspiciado desde el ámbito nacional por las leyes 1168, 1447, 17.324 y 21.583. Ocasionalmente, algunas provincias encauzaron sus problemas por medio de árbitros, como el presidente de la Nación: caso –por ejemplo– del general Roca, en 1883, en el conflicto entre Córdoba y San Luis.

§ 373. ***Rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*** Nuestro máximo tribunal ha dicho, en más de una oportunidad, que no le compete fijar los límites interprovinciales, pues los debe determinar el Congreso ("Grupo Minero Diablillos", *Fallos*, 307: 1239, y "Oddone", *Fallos*, 285:241). También ha indicado que le toca resolver las causas en que es parte una provincia, siempre que no importe demarcar el límite del caso, o modificarlo ("Prov. Río Negro", *Fallos*, 267:352, y "Prov. Jujuy", *Fallos*, 228:264).

§ 374. ***Regulación de los límites interprovinciales por gobiernos de facto.*** – En ciertos regímenes de facto, sobre todo durante aquellos que tuvieron vocación de permanencia (ver § 253), se han decidido conflictos limítrofes provinciales (p.ej., entre 1968 y 1970 se dictaron catorce leyes sobre el tema).

Un sector de la doctrina ha considerado que, teniendo tales gobiernos carácter precario, no pueden resolver esos conflictos "definitivamente", como lo indica el art. 75, inc. 15, de la Const. nacional (Mercado Luna). Otros, en cambio, sostienen que la norma de facto resolutoria del litigio tiene el mismo valor que cualquier otra emanada de esa autoridad (Carbone).

La cuestión es compleja, porque durante los gobiernos de facto el Estado argentino ha asumido una estructura unitaria, al caducar las autonomías locales. Pero parece absurdo que, en tales eta-

pas, se resuelvan problemas relacionados con la funcionalidad de un Estado federal.

4) Cuestiones territoriales

§ 375. ***Los establecimientos de la Nación en cualquiera de las provincias. Fines y medios.*** – El art. 75, inc. 30, de la Const. nacional expresa que al Congreso le corresponde: "Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

a) Con relación a los *fines* de la presencia federal en estos lugares, la Corte Suprema ha seguido un criterio amplio. Por ejemplo, en "Municipalidad de Laprida" (*Fallos*, 308:647, consid. 9°).

b) En cuanto a *cómo* puede la Nación llegar a tener "establecimientos de utilidad nacional" en una provincia, el antiguo art. 67, inc. 27, de la Constitución contemplaba dos posibilidades: *compra* y *cesión*. Ambas alternativas continúan siendo posibles.

El interrogante es si dicha transferencia puede realizarse *sin* o *contra* la voluntad provincial, en particular, por vía de *expropiación* dispuesta por el Gobierno federal. Aunque el tema es discutido en doctrina, lo cierto es que la Corte Suprema ha admitido, haciendo prevalecer el art. 17 (que autoriza a la Nación a expropiar bienes, previa indemnización, sin distinguir entre los de particulares o los provinciales), la expropiación de bienes del dominio provincial, sean del dominio privado o del público de tales provincias ("Michelin", *Fallos*, 208:568; "Empresa Ferrocarril del Sud", *Fallos*, 128:62, etcétera).

§ 376. ***Naturaleza jurídica.*** – Salvo que el territorio transferido por la provincia a la Nación sea cedido a los fines de establecer en él la Capital de la República (art. 3°, Const. nacional), o para erigir una provincia o un territorio nacional (arg. art. 3°, Const. nacional), el lugar destinado a "establecimientos de utilidad nacional" no queda "federalizado" o "desprovincializado". Esto es, *no pasa a ser territorio de la Nación*, sino que continúa como territorio provincial, aunque en él la Nación ejerza potestades no sólo legislativas (como parece indicar el art. 75, inc. 30, de la Const. nacional), sino también administrativas y judiciales ("Prov. Bs. As. c/Swift", *Fallos*, 197:292, y "Marconetti", *Fallos*, 271:186).

§ 377. ***Intensidad de la jurisdicción federal.*** – Algunas veces el alto tribunal dijo que en los lugares que la Nación adquiría, ésta ejercía competencias *exclusivas*.

A la postre, sin embargo, ha enunciado la tesis de la jurisdicción *compartida*: la Nación ejerce poderes, en aquellas zonas, de tipo legislativo, administrativo y judicial en todo lo referente a realizar la *finalidad* o *materia específica* del establecimiento nacional ("Ambros Palmegiani", *Fallos*, 308:403).

El nuevo art. 75, inc. 30, ha aceptado la doctrina de la "jurisdicción compartida", en estos términos: la Nación dicta la "legislación necesaria" para el cumplimiento de los fines específicos del establecimiento de utilidad nacional del caso, situado en una provincia, y las provincias y municipalidades, para el mismo lugar, conservan poderes policiales y tributarios, en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines federales del establecimiento.

Resumiendo: para ser inconstitucional no basta que una potestad provincial *incida* en el lugar transferido; debe producir un efecto negativo, una perturbación en las actividades federales a las que se dedica el establecimiento en cuestión (ver voto del ministro Frías en "Vialco", *Fallos*, 301:1122; cfr. también "Banco Hispano Corfin", *Fallos*, 307:215).

§ 378. ***Determinación del interés nacional.*** – La fijación del objeto federal de la compra o cesión del lugar (es decir, de su destino), es en principio una cuestión privativa del Congreso (al sancionar la ley del caso) y del Poder Ejecutivo (al dictar las normas reglamentarias). Como dijo la Corte Suprema, la función del Poder Judicial es en esto secundaria ("Vial Hidráulica", *Fallos*, 302:1252, y "Prov. Santiago del Estero", *Fallos*, 307:1381).

§ 379. ***Recursos naturales provinciales.*** – Este tema ha dado lugar a una larga discusión en la República.

En principio, las provincias tienen el subsuelo correspondiente al territorio de su superficie. Pero la ley nacional 14.773 declaró "bienes exclusivos, imprescriptibles e inalienables" del Estado nacional a los yacimientos de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos, existentes en todo el territorio de la República Argentina, aunque reconoce a las provincias una participación en su producido. La posterior ley 17.319 ratificó esa decisión.

Lo cierto es que la Convención Constituyente de 1994 dispuso en el nuevo art. 124 *in fine* que "corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio". Esta expresión, según el miembro informante Hernández de la comisión respectiva, "comprende tanto el suelo como el subsuelo, el espacio aéreo y el litoral marítimo. Por supuesto, también son de dominio de las provincias los recursos renovables o no" ("Diario de Sesiones", p. 3864, en sentido similar, el miembro informante Verani, p. 3868, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5768 y 5770, respectivamente).

La nueva regla subraya que las provincias son ahora "dueñas originarias" de tales recursos (convencional Díaz Araujo, "Diario de Sesiones", p. 3311, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5493), lo que no impide que puedan convenir con la Nación la explotación de aquéllos. Las leyes 24.145 (de federalización de hidrocarburos) y 24.228 (de acuerdo federal minero) se inscriben en ese programa de reprovincialización de los referidos bienes.

§ 380. ***El territorio municipal.*** – Existen municipios en el orden provincial. La Constitución nacional obliga a las provincias a asegurar su régimen municipal (art. 5°), autónomo (art. 123).

De tal obligación constitucional se desprende, que las provincias tienen que reconocer a los municipios una serie de derechos mínimos a fin de permitir su desarrollo básico ("Rivademar", *LL*, 1989-C-47); y, entre ellos, cierta cantidad de bienes, incluyendo un territorio razonable para que puedan cumplir los fines propios de la vida municipal.

En rigor de verdad, la superficie de los municipios forma parte del territorio provincial. Es la provincia del caso (o la Nación, cuando el municipio está en territorio nacional) la que tiene sobre ese espacio el "dominio eminente" (ver § 353), sin perjuicio del dominio de uso público o privado que los municipios posean sobre aquel territorio provincial.

§ 381. ***Territorio provincial fluvial.*** – Una célebre discusión en el Senado federal, en 1869, enfrentó la tesis de Vélez Sársfield, según la cual las provincias no son propietarias de los ríos que corren por ellas (es decir, la Nación tiene el dominio territorial sobre tales ríos), con la de Mitre, quien sostiene que las provincias tienen el dominio territorial de todos los cauces fluviales que pasan por su territorio.

La Corte Suprema ha aceptado la tesis de la pertenencia al territorio de cada provincia de los ríos que corren por él ("Franck", *Fallos*, 275:357).

§ 382. ***"Dominio" y "jurisdicción" sobre ríos provinciales.*** Hay que distinguir según sean ríos navegables o no navegables.

a) *Ríos navegables.* Aquí la doctrina y la jurisprudencia han diferenciado el "dominio" (territorial) del río, y su "jurisdicción" (derecho a regularlo). Para la Corte Suprema, la jurisdicción es independiente del dominio ("Gobierno nacional y Sociedad del Puerto de Rosario", *Fallos*, 111:195).

A tenor de los arts. 9°, 12, 26, 75, incs. 10 y 13, y 126 de la Const. nacional, y a fin de efectivizar el control federal en lo referente a la libre navegación de los ríos interiores, y el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí, se ha reconocido jurisdicción al Gobierno nacional sobre dichos ríos ("Prov. de Buenos Aires c/Nación", *Fallos*, 297:236), sin perjuicio del dominio provincial.

Asimismo, se ha reconocido una jurisdicción concurrente en temas que la Constitución asigna de modo común a la Nación y a las provincias, como la exploración de los ríos y la construcción de canales navegables, o el aprovechamiento y desarrollo de los recursos hídricos (arg. arts. 75, inc. 18, y 125 de la Const. nacional, según Frías).

Por último, hay una jurisdicción provincial sobre tales ríos, en todo lo que no haga a la jurisdicción federal y a la concurrente ("Prov. de Buenos Aires c/Nación", *Fallos*, 297:236).

b) *Ríos no navegables.* Aunque hay posiciones contrapuestas, en esta materia el dominio y la jurisdicción, como regla, se consideran provinciales. Alguna excepción puede provenir por razones de interés federal (p.ej., defensa).

§ 383. ***Territorio lacustre.*** – Lo dicho para los ríos es también aplicable a los lagos, analógicamente. Según interpretación de la Corte Suprema, lagos y ríos tienen un régimen común ("Grinivk", *Fallos*, 194:337).

§ 384. ***Territorio insular.*** – Las islas situadas en los ríos corren la suerte de éstos: pertenecen a la provincia (o a la Nación) titular del territorio fluvial del caso (teoría de la accesión). La Corte ha sentado también tal tesis ("Empresa del Puerto de Rosario", *Fallos*, 126:82).

Si el río pertenece a dos o más provincias (o a una provincia y a la Nación), el territorio insular debe repartirse analógicamente, de la manera como resuelve el derecho internacional estos temas (p.ej., sistemas de la línea media, o del *thalweg*).

§ 385. ***El mar argentino. Extensión.*** – Después de varias normas anteriores, el régimen actual, derivado de las leyes 17.094, 17.500 y 18.502, programa la "soberanía" (sic) de la Nación argentina, hasta doscientas millas marinas, medidas desde las líneas de las mareas más bajas. Eso, en cuanto a la superficie.

Respecto de su profundidad, la ley 17.094 estableció que la soberanía se extiende también al lecho del mar y al subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a su territorio, hasta doscientos metros de profundidad y también, fuera de ese límite, hasta donde la profundidad de las aguas permita la explotación de los recursos naturales.

Según la ley 17.500, los recursos del mar territorial fueron declarados propiedad del Estado nacional.

A su turno, la ley 24.922 declaró el dominio y jurisdicción de las provincias con litoral marítimo, de los recursos vivos que pueblan las aguas interiores y el mar territorial argentino adyacente a sus costas, hasta las doce millas marinas. Según la Corte Suprema, esta ley tiene alcance acotada a la actividad pesquera, y no se aplica en otros ámbitos dentro de esos límites, donde la Nación Argentina conserva plena jurisdicción ("Total Austral", *Fallos*, 326:3368).

Conforme a la ley 18.502, existe una *jurisdicción compartida* entre la Nación y las provincias ribereñas adyacentes a las costas respectivas, en una distancia de tres millas. Después de esas tres millas, y hasta las doscientas citadas precedentemente, la jurisdicción es solamente federal.

En el año 1991 se dictó la ley 23.968 y el decreto de necesidad y urgencia 2623/91, modificatorio de la primera, normas que instrumentaron el siguiente sistema de zonas marítimas.

a) *Las aguas interiores de la República.* Son las situadas en el interior de las líneas de *base normales* y de *base rectas* mencionadas por el art. 1° de la ley 23.968.

b) *El mar territorial argentino.* Se extiende hasta una distancia de doce millas a partir de aquellas líneas de base. El art. 3° de la ley 23.968 declara la soberanía argentina plena sobre ese mar, así como sobre su espacio aéreo, el lecho y subsuelo.

c) *Zona contigua argentina.* Se extiende veinticuatro millas marinas más allá de las líneas de base mencionadas. Conforme al art. 4° de la ley 23.968, la Nación ejerce allí poderes fiscales y jurisdiccionales, en materia impositiva, aduanera, sanitaria, cambiaria e inmigratoria.

d) *Zona económica exclusiva argentina.* Se prolonga más allá del límite exterior del mar territorial, hasta una distancia de doscientas millas marinas a partir de las aludidas líneas de base. También allí ejerce la República poderes fiscales y jurisdiccionales similares a los detallados para la *zona contigua* (art. 5°, ley 23.968).

e) *Plataforma continental argentina.* Igualmente bajo soberanía nacional, que comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial "y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental" (art. 6°, ley 23.968).

§ 386. *Asignación territorial. Provincias y Nación.* – La distribución realizada en su momento por el Código Civil, obliga a considerar territorio marítimo provincial el mar adyacente al territorio terrestre, hasta la distancia de tres millas.

El que exceda esas tres millas originales, ha sido espacio *incorporado* al territorio nacional por voluntad del Estado federal, y no asignado por éste a las provincias litoraleñas, de tal modo que éstas no podrían argüir que se les ha *quitado* la superficie marítima, aumentada por decisión de la Nación.

Finalmente, la Corte Suprema reputó inconstitucional el art. 81 de la Const. de Tierra del Fuego, que extiende la jurisdicción provincial en materia de explotación económica hasta donde la República Argentina ejerce su jurisdicción, ya que ello importó avanzar sobre las atribuciones del Gobierno federal en la materia ("Total Austral", *Fallos*, 326:3405).

§ 387. *Territorio aéreo nacional y provincial.* – En materia de jurisdicción, existe jurisdicción federal o nacional sobre el espacio aéreo provincial, a los fines federales de aeronavegación, comercio interprovincial e internacional, defensa, radiocomunicaciones y demás asuntos de interés federal.

B) La población

1) Nacionales y ciudadanos

§ 388. *El pueblo en la Constitución argentina.* – El texto constitucional se refiere de diferentes maneras al elemento humano del Estado argentino, y con acepciones no siempre nítidas.

a) *Pueblo.* Esta palabra aparece varias veces en la Constitución; por ejemplo, en el Preámbulo ("Nos los representantes del *pueblo*"); en el art. 22 ("El *pueblo* no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes"); en el art. 33 (hay derechos constitucionales no enumerados "que nacen del principio de la soberanía del *pueblo*"), y en el art. 45.

Es discutible si la Constitución, cuando habla de pueblo, se refiere a *toda* la población (hombres, mujeres, menores de edad, extranjeros, transeúntes, etc.), o sólo a una parte de ella. En la mayoría de los artículos citados, la Constitución parece referirse al *pueblo*, como *cuerpo electoral* (es decir, a *una parte* del pueblo todo).

b) *Habitantes.* Esta expresión es utilizada en muchos artículos de la Constitución (14, 16 a 19 y 45). En principio, comprende a cualquier persona, incluyendo a los transeúntes.

Sin embargo, en algunos casos, la palabra *habitante* puede ceñirse a los *residentes* (p.ej., en el art. 45, con el fin de determinar la base poblacional para elegir diputados). Si se adopta esta noción restringida, los derechos que el art. 14 de la Const. nacional otorga a los "habitantes" (permanecer y trasladarse, entrar o salir del territorio, publicar sus ideas sin censura, practicar libremente su culto, etc.), tutelarían a los residentes y no cubrirían necesariamente a transeúntes, simples visitantes o turistas, por ejemplo.

En aquel sentido restrictivo, la Corte Suprema ha entendido que el "internado" no es "habitante" (ver § 404), y que, por lo tanto, no gozaría del derecho a circular libremente que confiere el art. 14. Esta visión restringida de los derechos solamente para los "habitantes" (residentes) en sentido estricto resulta una interpretación excesivamente literal o textualista de la Constitución.

c) *Población.* El art. 4° de la Const. nacional emplea esta palabra, al referirse a quién debe pagar los impuestos y contribuciones. Su sentido es también amplio.

d) *Ciudadanos.* La Constitución hace uso de esta expresión muchas veces, con sentidos diversos: "ciudadano de cada provincia", en el art. 8°; "ciudadano nativo" (se supone argentino nacido en el país), en el art. 89; "ciudadano por naturalización", en el art. 21 (argentino por haber adoptado voluntariamente la ciudadanía argentina, siendo originalmente extranjero); "ciudadano extranjero" (individuo no argentino), art. 116, y el art. 20 habla de "ciudadano", a secas, pero parece referirse al habitante argentino.

La palabra *ciudadano* no tiene, pues, en la Constitución, un uso claro.

e) *Argentinos.* El art. 29 refiere a "la vida, el honor o las fortunas de los argentinos". Comprende tanto a argentinos nativos como por opción.

f) *Extranjeros.* Son los *no argentinos.*

g) *Vecinos.* En principio, el *vecino* (mencionado en el art. 116), alude al residente afincado en un lugar de la Argentina.

§ 389. ***Cantidad de población: Constitución de 1853 y censo nacional de 1980.*** – La reforma constitucional de 1860 introdujo algunas modificaciones en la relación población y elección de diputados.

El texto constitucional de 1853 asignó en su art. 34 (actual 46), un número de diputados a cada distrito que, se suponía, era proporcional a la población presunta de cada uno de ellos. Si se comparan esos datos con los del censo nacional de 1980, se advertirá una sugestiva variación en la importancia poblacional de cada provincia y de la Capital Federal.

§ 390. ***Argentinos y extranjeros.*** – En 1850, el porcentaje de extranjeros era, aproximadamente, del 10%. La política inmigratoria que patrocinó la Constitución de 1853 elevó ese índice al 25% en 1895 y al 30% en 1914. En 1980, el porcentaje fue del 7%, con lo que se retornó, grosso modo, al cupo de mediados del siglo XIX.

En 1869, el porcentaje de población urbana se acercaba al 29%. En 1980, subió al 85% (según la investigación de Susana Ramella).

§ 391. ***Ciudadanía, nacionalidad y naturalización. Directrices constitucionales.*** – La Constitución nacional adopta, en esta materia, diversas posturas que se reflejan en la legislación sancionada.

a) El nuevo art. 75, inc. 12, después de la reforma de 1994, habla de los poderes del Congreso para sancionar leyes "sobre naturalización y nacionalidad".

Acto seguido, el mismo art. 75, inc. 12, dice que las reglas sobre naturalización y nacionalidad deben pronunciarse "con sujeción al principio de nacionalidad *natural* y por *opción* en beneficio de la argentina".

b) El art. 21 habla de los "ciudadanos por naturalización", con lo que suma, a los conceptos de *naturalización* y *nacionalidad*, un tercero: el de *ciudadanía*.

c) El art. 20 parece unificar otros conceptos: los de *ciudadanía* y *nacionalidad* ("Borda", *Fallos*, 327:5118), ya que, refiriéndose a los extranjeros, dice que ellos "no están obligados a admitir la ciudadanía", y después agrega: "Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación".

d) Introduciendo aun mayor confusión, el art. 8° advierte que "los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás". Una lectura rápida del texto parece indicar que existen *ciudadanías provinciales*.

Del texto constitucional, en resumen, no se pueden desprender nociones claras en torno del instituto que tratamos.

La ley 346, actualmente vigente (con ciertas reformas), unificó los conceptos de *nacionalidad* y *ciudadanía*, de modo que no existen nacionales no ciudadanos: todos los nacionales son ciudadanos argentinos.

Pero, según la Corte Suprema, eso no implica que tales nacionales-ciudadanos gocen igualmente de los derechos políticos, ya que hay condicionamientos que la ley o la jurisprudencia han reputado razonables, por edad, aptitudes morales y cívicas, etc., que pueden instrumentarse por ley ("Salinas", *Fallos*, 147:282, y "Lanteri de Renshaw", *Fallos*, 154:289, se negó el enrolamiento en función del sexo).

§ 392. ***Directrices de derecho internacional y supranacional.*** – Estas normas que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), enuncian los siguientes postulados básicos: *a*) toda persona tiene derecho a una nacionalidad (art. 20, Pacto de San José de Costa Rica); todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad (art. 24, inc. 3°, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); *b*) toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra (art. 20, Pacto de San José de Costa Rica), y *c*) a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad, ni del derecho a cambiarla (art. 20, Pacto de San José de Costa Rica).

§ 393. ***Régimen legal. Argentinos nativos.*** – La ley 23.059 restauró la vigencia de la ley 346, del año 1869, con las reformas

y complementos de, por ejemplo, las leyes 12.951, 16.569, 16.801, 17.692, 20.835 y 20.957.

La ley distingue tres categorías básicas de argentinos: nativos, por opción y naturalizados.

La ley 346 declara argentinos nativos (art. 1º, inc. 1) a todas las personas nacidas o por nacer en el territorio de la República, con independencia de la nacionalidad de sus padres, y con excepción de los hijos de ministros extranjeros y miembros de la legación extranjera, residentes en la República.

Esta ley cumplió así con la directriz constitucional del art. 75, inc. 12; esto es, imponer la ciudadanía según la tesis de la *nacionalidad natural* o del *ius soli*.

§ 394. ***Argentinos por opción.*** – El art. 1º, incs. 2 y 4, de la ley 346 declara argentinos por opción a los hijos de argentinos nativos que, habiendo nacido en país extranjero, eligieren la ciudadanía de origen de sus padres.

La reforma de 1994 admitió explícitamente la categoría de ciudadanos por opción (art. 75, inc. 22). La Corte Suprema ha indicado, con acierto, que la ciudadanía por opción es excepcional, y que los recaudos del caso deben exigirse restrictivamente ("Benatar Macías", *Fallos*, 301:839).

§ 395. ***Argentinos por naturalización.*** – Se trata de los extranjeros que obtienen la nacionalidad argentina. El art. 20 de la Const. nacional expresa que la adquieren residiendo dos años continuos en el país; "pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República".

La ley 20.855 expresa que no podrá negarse la ciudadanía por razones políticas, ideológicas, gremiales, religiosas o sociales, modificando así el art. 11 de la ley 346. La anterior jurisprudencia de la Corte Suprema había permitido el rechazo de la petición de la ciudadanía a quien hubiese participado en actividades comunistas ("Gutman", *Fallos*, 259:100).

Cabe preguntarse en qué medida puede una ley tratar a los argentinos naturalizados en inferioridad de condiciones a los argentinos nativos. Salvo que esa discriminación surgiese de la Constitución, la respuesta resulta en principio negativa. En "Sanhueza", la Suprema Corte de la provincia de Mendoza concluyó, con acierto, que violaba la Constitución la norma local que impedía al argentino naturalizado desempeñarse en la policía, por más que esta función incluyese actos de ejercicio de *imperium* (*DJ*, 1996-1-946). Y en "Hooft", la Corte Suprema de Justicia de la Nación reputó violatorio del art. 16 de la Const. nacional una norma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires que impedía al ciudadano por naturalización desempeñarse como juez de Cámara, reservando ese sitio a los argentinos nativos o por opción ("Hooft", *LL*, 2005-D-557).

§ 396. ***Pérdida de la nacionalidad.*** – La ley 14.031 privó de la nacionalidad a un argentino nativo, y la ley 21.795 contempló la pérdida de la ciudadanía nativa para quienes incurrieren en determinados comportamientos.

La Constitución, en su art. 75, inc. 12, obliga a instrumentar el régimen de ciudadanía, según los principios de la ciudadanía natural y por opción, pero no explicita si ella puede caducar. A su turno, el art. 20 del Pacto de San José de Costa Rica reconoce a toda persona el derecho a tener una nacionalidad, de la cual no puede ser arbitrariamente privada, y que también todo individuo tiene derecho a la nacionalidad del Estado donde nació, si no tiene derecho a otra.

Autores como Ramella y la propia Corte Suprema ("Gentile", *Fallos*, 220:278; "Schnaider", *Fallos*, 222:85, y "Glaeser", *Fallos*, 212:231) han admitido a su vez la privación de la nacionalidad argentina adquirida por un extranjero si incurre en ciertas conductas (actos lesivos contra el Estado, incumplimiento de determinados deberes legales, falsedad en la información en base a la cual se otorgó la nacionalidad, etcétera).

§ 397. ***Doble nacionalidad.*** – ¿Es constitucional el régimen de doble nacionalidad instrumentado por la Argentina, por ejemplo, con España e Italia, mediante las leyes 18.957 y 20.588?

En rigor de verdad, la *doble nacionalidad*, tal como se la conoce, es un hecho no previsto por la Constitución (laguna constitucional). Así entrevisto el problema, y si se trata de integrar un

vacío constitucional (ver § 57), principios de bien común, de afianzamiento de las relaciones internacionales y de protección del hombre, autorizan a legitimar el mecanismo que comentamos, siempre, desde luego, que sea razonablemente instrumentado.

2) Extranjeros

§ 398. ***Concepto y estado legal.*** – En nuestro sistema constitucional, *extranjero* equivale a no argentino (sea éste nativo, por opción o por naturalización).

Algunos autores han puntualizado que la Constitución impone reconocer, además de las personas físicas extranjeras, a las personas jurídicas o ideales extranjeras (constituidas o con domicilio en el exterior). No nos parece que ella obligue a ese reconocimiento, sin perjuicio de que sí lo haga (o no) la legislación infraconstitucional.

§ 399. ***Promoción de la inmigración.*** – La Constitución nacional tuvo una clara política inmigratoria: "gobernar es poblar", afirmaba enfáticamente Alberdi. Todo el esquema constitucional debía responder a ese objetivo: al extranjero debía garantizársele la libertad religiosa, el matrimonio, *prodigarle* la ciudadanía y el domicilio (*Bases*, cap. XVIII), etcétera.

El art. 25, siguiendo el modelo alberdiano, indica: "El Gobierno federal fomentará la inmigración europea". En particular, el pensador tucumano reclamaba inmigrantes *ingleses*: "Sin la cooperación de esa raza es imposible aclimatar la libertad y el progreso material en ninguna parte" (*Bases*, cap. XXXII), y de ahí la norma citada.

El contenido de esta cláusula es, pues, de índole *racista*, y es, por tanto, ilegítimo. Hay aquí un caso de *carencia axiológica* de norma, que impide aplicarla tal como está (ver § 55). Cabe interpretarla descartando esa connotación étnica. La ley 25.871 de migraciones, con acierto, impone el principio de igualdad de trato para los extranjeros, y su acceso igualitario al país (arts. 5° y 6°), prohibiendo, además, actos discriminatorios por motivos, por ejemplo, de etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión pública o gremial, sexo, género, posición económica o caracteres físicos (art. 13).

§ 400. ***Ingreso de extranjeros.*** – La ley 25.871 –con sus modificatorias– reglamenta esta materia, y organiza la Dirección Nacional de Migraciones. Reconoce como obligatorios los compromisos internacionales de la República en esta materia (art. 3°).

En principio, es constitucional para la Corte Suprema regular el derecho de admisión de extranjeros a la República, por razones de bien común ("Cuesta Urrutia", *Fallos*, 200:107, y "Grunblatt", *Fallos*, 205:632), como cualquier otro derecho constitucional.

Un caso particular de ingresos es el de *asilo político*. La Constitución no dice nada al respecto, pero sí el Pacto de San José de Costa Rica (que tiene rango constitucional: art. 75, inc. 22), en el art. 22, inc. 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". Conforme a la Constitución, la negativa de ingreso *permanente* de extranjeros sería inconstitucional para aquellos "que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir y enseñar las ciencias y las artes", ya que el Gobierno federal "no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno" la entrada de quienes tengan esos propósitos (art. 25, Const. nacional). La negativa legal *transitoria* podría tener sustento en situaciones de guerra o de emergencia, o durante el estado de sitio.

Conviene advertir que, según informaciones periodísticas, el número de inmigrantes ilegales en la República alcanzaba, a mediados de 1990, la cantidad de un millón de personas ("La Nación", 12/6/90).

§ 401. ***Reingreso.*** – La Corte Suprema ha dicho que un extranjero residente en la Argentina, que desea retornar al país, puede hacerlo como cualquier habitante argentino, sin restricciones, gozando del derecho de entrar y salir libremente que confiere el art. 14 de la Const. nacional ("Bertone", *Fallos*, 164:290, y "Rodríguez", *Fallos*, 197:332).

§ 402. ***Residencia.*** – La legislación subconstitucional diferencia a los extranjeros que están legalmente en el país, en tres categorías de residentes: permanentes, temporarios y transitorios. El

art. 20 de la ley 25.871 se refiere a otra subespecie: la residencia *precaria*, otorgable a quienes gestionan la regularización de su residencia.

§ 403. ***Derechos del extranjero.*** – Ha resuelto la Corte Suprema que los residentes no nacionales pueden reputarse *habitantes* a los fines del art. 14 de la Const. nacional ("Bunge", *Fallos*, 186:421, y "Shepherd", *Fallos*, 212:493), siempre que hubiesen ingresado legalmente ("Carrizo Coito", *Fallos*, 302:604).

En el art. 20, la Constitución enuncia una serie de derechos específicos para los extranjeros, sin perjuicio de gozar también de "todos los derechos civiles del ciudadano"; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes.

Además, los extranjeros tienen derechos *negativos*, como no ser obligados a convertirse en ciudadanos argentinos, pagar contribuciones forzosas o extraordinarias (art. 20, Const. nacional), no prestar el servicio militar, si éste fuere obligatorio, durante los diez años posteriores al día en que hubiesen obtenido su carta de ciudadanía, si la han requerido (art. 21, Const. nacional).

Un interrogante constitucional frecuente gira sobre la diferenciación de derechos civiles entre nacionales y extranjeros, establecida por ciertas normas que requieren la condición de argentino para desempeñar algunas funciones. En la misma Constitución figuran algunos casos, como la condición de argentino para ser presidente, vicepresidente, senador o diputado o miembro de la Corte Suprema (arts. 48, 55, 89 y 111).

Respecto de la exigencia de ciudadanía argentina dispuesta por leyes o decretos, la Corte ha dicho reiteradamente que es un recaudo compatible con la Constitución, "para el desempeño de funciones vinculadas con la soberanía y seguridad de la Nación, en tanto no infrinjan los límites de la razonabilidad o no se concreten propósitos persecutorios o de hostilidad" ("Radulescu", *Fallos*, 290:83); como si se exigiera la condición de argentino para ejercer la profesión de práctico de puerto, o para ejercer la docencia con carácter titular o suplente en la actividad privada ("Repetto", *Fallos*, 311:2272).

En "Gottschau", la Corte Suprema, siguiendo pautas de "Hooft" (*Fallos*, 327:5118), entendió que toda exigencia de nacionalidad argentina para desempeñar ciertos empleos tiene una presunción de inconstitucionalidad, que justifica un escrutinio riguroso por la Corte, a fin de evaluar la razonabilidad y la efectiva necesidad de lo así requerido, respecto de funciones básicas del Estado (*JA*, 2006-IV-596).

Lo que sí resulta incompatible con el art. 20 de la Const. nacional es la diferencia de precios y tarifas para extranjeros, más gravosas que para los nacionales, con relación, por ejemplo, a hoteles, excursiones, pasajes o aranceles educativos, que últimamente han proliferado de manera lamentable en la Argentina.

En cuanto a los derechos políticos, la Constitución no se los otorga a los extranjeros (art. 20). Nada impide, sin embargo, que la legislación infraconstitucional los conceda (así, en varias provincias se les otorga la posibilidad de votar en las elecciones municipales).

§ 404. ***Caso de guerra. El "internado" y los súbditos de países enemigos.*** – En "Lange", la Corte Suprema atendió la situación particular de quien se encuentre en el país como *internado* (en tiempo de guerra, es la persona que integra la fuerza armada de otro país, y que ingresa a la Argentina hasta tanto dure el conflicto bélico, bajo un régimen especial de restricciones, que incluye traslados forzosos y limitaciones a la libertad de circular). El alto tribunal indicó que el internado no es técnicamente *habitante*, y se encuentra bajo un régimen de excepción, durante el cual sus derechos deben compatibilizarse con sus obligaciones al estar en un país neutral: "el internado no se incorpora al país; hállase sólo bajo su transitoria asistencia" ("Lange", *Fallos*, 207:125).

Con motivo de la declaración de guerra hecha por la Argentina a los países del Eje, ciertas normas (decrs. leyes 7038/45 y 7527/45) establecieron para nativos de esas naciones (principalmente alemanes) un sistema especial de registro y vigilancia, aun para aquellos que hubiesen adoptado la ciudadanía argentina. Tal régimen específico, de ser gravoso, se lo puede reputar inconstitucional.

§ 405. *Expulsión de extranjeros.* – Según el Pacto de San José de Costa Rica, un Estado tiene, en ciertos casos, el derecho de expulsar a un extranjero, pero respetando las siguientes pautas (art. 22): pueden ser expulsados los ingresados ilegalmente, y el ingresado legalmente, "sólo podrá ser expulsado... en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley" (inc. 6).

Sin embargo, agrega el Pacto, "en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no 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" (inc. 8).

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha admitido la potestad del Estado de expulsar a quien está irregularmente en la Nación ("Ferreyra Hernández", *Fallos*, 271:272). También convalidó leyes como la 4144 (*de residencia*), que autorizaron la deportación de extranjeros directamente por el Poder Ejecutivo, por razones de orden público y paz social ("Maciá y Gassol", *Fallos*, 151:211, y "Deportados en el Transporte Chaco", *Fallos*, 164:344); pero advirtió que existía un control judicial de razonabilidad, que algunas veces dejó sin efecto tales expulsiones ("Argüello", *Fallos*, 268:406, y "Ferrocarriles del Estado Argentino", *Fallos*, 270:419).

La ley 25.871 prevé distintos supuestos de cancelación de residencia de extranjeros (comisión de ciertos delitos, permanencia fuera del territorio nacional durante diversos plazos, desnaturalización de las razones por las que se concedió la residencia, etc.) por parte de la Dirección Nacional de Migraciones, pero con vías recursivas y judiciales (art. 62 y siguientes). Es impedimento para la residencia, entre otros, tener antecedentes por tráfico de armas o de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero, punido con ciertas penas de tres años o más, haber incurrido en actos de genocidio, crímenes de guerra, terrorismo o delitos de lesa humanidad, promover la prostitución, etcétera (art. 29). Es expulsable el extranjero que ingrese a la Nación por lugares no habilitados, o eludiendo el control migratorio (art. 37).

Capítulo X

PODERES DEL ESTADO CONSTITUYENTE Y ELECTORAL

A) Poder constituyente

§ 406. *Introducción. Los poderes del Estado.* – La Parte Segunda de la Constitución nacional lleva como rótulo "Autoridades de la Nación", con dos títulos: "Gobierno federal" (Tít. I) y "Gobiernos de provincia" (Tít. II).

Respecto del Gobierno federal, la Constitución tiene cuatro secciones: "Del Poder Legislativo" (arts. 44 a 86), "Del Poder Ejecutivo" (arts. 87 a 107) y "Del Poder Judicial" (arts. 108 a 119). La reforma de 1994 agregó una cuarta sección, relativa al Ministerio Público (art. 120), que más que un "poder" es un órgano "extrapoder". Pero aparte de aquellos poderes explícitos, es factible deslindar otros dos: el *poder constituyente*, encarnado en la "convención" mencionada en su art. 30, y el *poder electoral*, órgano de designación previsto, por ejemplo, en el art. 45, en manos del *pueblo* mencionado por este artículo (en concreto, el *cuerpo electoral*).

§ 407. *Poder constituyente. Precepto constitucional.* – El art. 30 de la Const. nacional dice: "La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto".

El texto original de 1853 añadía, después de la expresión "cualquiera de sus partes", la frase "pasados diez años desde el día en que la juren los pueblos", y el art. 54, de ese mismo texto, disponía: "Sólo el Senado inicia las reformas de la Constitución". Estos preceptos fueron eliminados en la reforma de 1860.

Desde luego, la Constitución disciplina la actuación del poder constituyente *constituido* o *reformador*. No reglamenta al poder constituyente *originario*, de por sí irregulable normativamente por una Constitución previa (ver § 100), ni tampoco al poder constituyente ejercido fuera de la Constitución por los gobiernos de facto.

§ 408. ***Ejercicio del poder constituyente en la Argentina.*** La Constitución de 1853 fue reformada y suspendida en múltiples ocasiones (nos remitimos a lo dicho en el § 233 y ss.), tanto por los gobiernos de iure como por los de facto.

De tal proceso quedan en vigencia, actualmente, sólo cinco reformas: la de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Tanto las de 1860 como las de 1957 y 1994 tuvieron importantes defectos constitucionales en su tramitación (ver § 233 y 249), pero, pese a ello, tienen vigencia.

§ 409. ***Proceso constituyente. Períodos.*** – Según el esquema normativo de la Constitución, hay tres tramos esenciales en el proceso de reforma constitucional.

a) *Etapa del Congreso.* Transcurre en el ámbito del Poder Legislativo, que es el competente para *declarar* la necesidad de reforma.

b) *Etapa electoral.* La cumple el cuerpo electoral, eligiendo a los miembros de la Convención Constituyente.

c) *Etapa convencional.* Se lleva a cabo en el seno de la Asamblea constituyente, quien decide en definitiva sobre la reforma de la Constitución.

§ 410. ***Etapa del congreso. "Poder preconstituyente". Forma de pronunciamiento.*** – Al Congreso de la Nación, según el art. 30, le toca declarar la necesidad de la reforma, facultad que

para muchos autores, como (Sánchez Viamonte o Vanossi) significa ejercer un "poder preconstituyente" (así lo denominó la Corte Suprema en "Fayt": *Fallos*, 322:1616). Importa, en verdad, un poder de convocatoria.

La norma constitucional suscita varios interrogantes. Uno es sobre el *modo* de declarar la necesidad de la reforma: ¿debe hacerse por ley, mediante una resolución de cada cámara, o por medio de una decisión de la *Asamblea Legislativa* (esto es, los dos cuerpos reunidos)?

El derecho consuetudinario argentino ha resuelto tal interrogante; en este caso, el Congreso se debe expedir por *ley*, ya que en todas las reformas dispuestas por gobiernos de iure así se decidieron.

Como cualquier ley, la de declaración de necesidad de reforma es vetable por el Poder Ejecutivo.

§ 411. ***Mayoría.*** – El art. 30 de la Const. nacional exige que la declaración de necesidad de reforma sea adoptada por el Congreso "con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros".

La norma se puede interpretar de varias maneras. Los dos tercios, en efecto, con relación a cada cámara, son computables: *a*) en función del *total* de miembros nominales; *b*) en razón de los miembros *en ejercicio* en cada sala (excluyendo, entonces, a quienes se hallen con licencia, las bancas no cubiertas, etc.), y *c*) en relación con los miembros *presentes* en la sesión respectiva, una vez conseguido el quórum para funcionar.

Por supuesto, el número exigible puede ser muy distinto según se siga una tesis u otra.

En el derecho constitucional consuetudinario, la experiencia indica que el tercer punto de vista ha sido practicado algunas veces (Bidegain), con lo cual la discusión teórica ha sido superada por los hechos.

§ 412. ***Puntos de reforma.*** – Se discute si la declaración de necesidad de reforma realizable por el Congreso puede ser total, o si existen puntos irreformables de la Constitución (es decir, *cláusulas pétreas*).

El art. 30 da pie a la tesis amplia: "La Constitución puede reformarse *en el todo* o *en cualquiera* de sus partes". En la experiencia habida, la ley 13.233, que convocó a la reforma de 1949, declaró "necesaria la revisión y reforma de la Constitución nacional", en términos omnicomprensivos, aunque hubo otras convocatorias a enmiendas parciales (1860, 1866, 1898, etcétera).

Del texto de la Constitución, sin embargo, se desprenden algunas frases que permiten suponer que el constituyente ha querido impartir directrices perennes, como borrar *para siempre* la pena de confiscación de bienes (art. 17), o la pena de muerte por causas políticas y toda especie de tormento y azotes (art. 18). El art. 33, por su parte, fue sancionado con la idea de que existen derechos naturales de los hombres y de las sociedades, superiores y anteriores a cualquier constitución, que ninguna de ellas puede ignorar o desconocer. Una reforma constitucional, pues, no estaría habilitada para rechazar tales derechos, o borrar las proscripciones de los citados arts. 17 y 18.

Entre otras cláusulas pétreas, que no podrían dejarse de lado atento el énfasis del texto constitucional, figura la drástica y definitiva abolición de la esclavitud (art. 15) y la prohibición de conceder facultades extraordinarias o la suma del poder público, en los términos del art. 29. La Corte Suprema advirtió que existen "cláusulas inmutables" en la Constitución, y mencionó al respecto los arts. 1° y 33. Entendió también que no debía otorgarse personería jurídica a una asociación que pretendiera destruirlas (21/11/06, "Asociación Lucha por la Indentidad Travesti-Transexual").

Conviene advertir también que una reforma constitucional no podría válidamente ir contra compromisos internacionales en vigor (así, no sería factible que desconociese los derechos reconocidos por el Pacto de San José de Costa Rica, o la autoridad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mientras el Pacto obligue a la Argentina y no sea denunciado).

§ 413. ***Regulación del trámite de reforma.*** – Se debate también si el Congreso, al sancionar la ley de convocatoria, puede imponer límites de *lugar*, *tiempo* y *procedimiento* de la Convención Constituyente (días de sesión, remuneraciones, mayorías requeridas para reunirse y resolver, etcétera).

En la experiencia constitucional, varias leyes que declararon la necesidad de reforma determinaron el lugar de sesión (p.ej., art. 3°, ley 172; art. 2°, ley 3507; art. 3°, ley 13.233, etc.), el tiempo hábil para deliberar (p.ej., art. 6°, ley 3507; art. 8°, ley 13.233; art. 9°, decr. ley 3838/57), las prerrogativas y remuneraciones de los convencionales constituyentes (art. 10, decr. ley 3838/57; art. 9°, ley 13.233; art. 6°, ley 3507, que dispuso la gratuidad del cargo, etcétera).

En rigor de verdad, el art. 30 de la Const. nacional confiere al Congreso un verdadero *poder de convocatoria* y de *regulación* (ver § 108 y ss.), además de un *poder de declaración*, con facultades de reglamentar, entonces, el proceso constituyente, y la convención o asamblea, como poder constituido, se halla sometida a esa regulación (salvo que ésta fuere irrazonable, caso en el cual podría impugnarla por inconstitucional).

Precisamente, la ley 24.309 –de convocatoria a la reforma de 1994– estableció (art. 5°) la obligación de votar *en bloque* –y sin posibilidad de aprobar unos y rechazar otros– los artículos cuya enmienda se proponía la Convención, y que eran resultado del "Pacto de Olivos" (ver § 258).

Esta restricción importaba una invasión del poder preconstituyente (el Congreso) sobre el constituyente (la asamblea), al restarle a ésta margen de operatividad y violar un derecho implícito de ella, como resolver discrecionalmente qué aceptaba y qué no, como propuesta de reforma. Sin embargo, tal vicio quedó purgado cuando la propia Convención consintió tal metodología de trabajo. Así lo entendió la Corte Suprema en "Romero Feris" (*LL*, 1994-E-16).

Por lo demás, la tesis de que la Convención Constituyente debía limitarse a la consideración de los temas para los que fue convocada por el Poder Legislativo, quedó avalada por la Corte Suprema en "Ríos" (*LL*, 1994-C-46) y en "Fayt" (*Fallos*, 322:1616).

§ 414. ***Etapa electoral.*** – El texto constitucional no impone que la asamblea constituyente sea electa popularmente, pero así ha ocurrido en todos los casos realizados durante gobiernos de iure. Ya existe, pensamos, una regla de derecho consuetudinario sobre el punto.

El sistema electoral por el cual se elegirá la Convención no está disciplinado por la Constitución; lo determina el Congreso, según el poder de convocatoria que posee.

Para la reforma de 1994, la ley 24.309 dispuso un número de convencionales igual al total de legisladores que cada provincia y la Capital enviaban al Congreso, electos mediante representación proporcional (arts. 9° y 10).

§ 415. ***Etapa convencional.*** – Transcurre a partir de la instalación de la convención o asamblea constituyente. Ésta, como todos los poderes del Estado, tiene facultades explícitas (las conferidas por la ley de convocatoria), e implícitas, propias de cualquier órgano del poder (es decir, las facultades necesarias para cumplir su cometido).

Así, salvo en lo contemplado por la ley de convocatoria, la asamblea dicta su reglamento, fija el tipo y lugar de las sesiones, las mayorías para resolver, el régimen de licencias y quórum, las remuneraciones, elige sus autoridades, etcétera.

Según la Constitución (art. 30), es la Convención la que *efectúa* la reforma constitucional, de tal modo que puede negarse a cambiar algún punto que le haya sometido la ley de convocatoria (así, en el caso de la enmienda de 1898), y decidir discrecionalmente sobre los que admita pronunciarse.

Conviene aclarar que la Convención Constituyente, algunas veces, se autoconsidera *soberana*, tesis desacertada porque es un poder *constituido* sometido al orden jurídico, con competencias determinadas por la Constitución y la ley.

§ 416. ***Promulgación y publicación de la reforma.*** – La Constitución no puntualiza cómo se realizan estas operaciones, ni quién las ejecuta.

Algunas convenciones, luego de sancionar las reformas, resolvieron comunicar lo resuelto "al Gobierno federal, para que se cumpla" (1866), o hacerlo saber "al Poder Ejecutivo de la República, para que se cumpla" (1898 y 1949).

En verdad, la Convención tiene facultad para promulgar y publicar por sí la reforma (ver § 119), salvo que la ley de convocatoria hubiera dispuesto otra cosa.

La reforma constitucional de 1994 decidió, tácitamente, la autopromulgación de sus preceptos.

§ 417. ***Judiciabilidad de la reforma constitucional.*** – La reforma puede resultar inválida si ha violado la Constitución y las normas de derecho internacional que imponen reglas de *contenido* a la enmienda, o por haber infringido la Constitución y sus reglas complementarias (ley de convocatoria, reglamento interno de la Convención Constituyente) en cuanto normas de *procedimiento* (ver § 114).

La Corte Suprema ("Soria de Guerrero", *Fallos*, 256:558), al resolver la impugnación sobre la reforma constitucional de 1957, argüida porque el cuerpo no había aprobado formalmente el acta donde se instrumentó el art. 14 bis, sostuvo que, como principio, el asunto es cuestión política no justiciable; pero que esa regla general cede "en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley".

Precisamente, en "Fayt", la Corte Suprema pronunció la invalidez, por vicio de nulidad absoluta, del art. 99, inc. 4, párr. 3°, de la Const. nacional, aprobado por la Convención Constituyente de 1994, al entender que ésta se había excedido del margen de actuación previsto por la ley 24.309, de convocatoria a tal asamblea ("Fayt", *Fallos*, 322:1616).

B) Poder electoral

§ 418. ***Concepto.*** – La Constitución, cuando describe a las autoridades de la Nación (art. 44 y ss.), no menciona expresamente la existencia de un "poder electoral". No obstante, ese poder, encarnado en el "cuerpo electoral", emerge de varias reglas de la Constitución; por ejemplo, los arts. 39, 40 y 45, que se refieren al órgano del Estado encargado de cumplir papeles de elección de autoridades, iniciativa y sanción de leyes y consultas populares.

Ese cuerpo electoral ha sido definido por la Corte Suprema como "órgano primario del Estado" ("UCR y otros", *Fallos*, 312: 2192).

La Constitución no indica quién integra en concreto el cuerpo electoral, aunque algunas veces se refiere a él con expresiones tales como "los ciudadanos" (art. 39, para ejercer el derecho de iniciativa), o "el pueblo" (art. 40, para la sanción popular de leyes; art. 45, para la elección de diputados; art. 90, elección del presidente y vicepresidente). La disposición transitoria cuarta, concerniente a la elección de senadores, determina a su vez que en 1995 y en la Ciudad de Buenos Aires serán designados "por el cuerpo electoral".

En concreto, la duda es si los extranjeros pueden o no integrar el poder electoral nacional (los nacionales sí lo hacen "por derecho propio", ya que el nuevo art. 37 establece el principio del sufragio universal). La respuesta tiende a ser negativa. Por un lado, el art. 20 de la Constitución enseña que los extranjeros ejercen "todos los derechos civiles del ciudadano", aunque no menciona los políticos. Paralelamente, si el art. 39 reserva el derecho de iniciativa popular de ley a "los ciudadanos", se desprende que los no ciudadanos no pueden practicarlo; con mayor razón, entonces, tampoco podrían intervenir en el proceso de aprobación popular de leyes.

§ 419. ***Dimensiones normativa, fáctica y axiológica.*** – Como todo instituto del mundo jurídico, es factible examinar el *poder electoral* desde estas tres perspectivas de análisis.

a) *Normativa*. Según se puntualizó, la Constitución establece que el poder electoral opera en la elección de diputados (art. 45); de senadores (art. 54 y la cláusula transitoria cuarta); de presidente y vicepresidente (art. 94); en la aprobación de leyes y consultas no vinculantes (art. 40); y, por vía de derecho consuetudinario, de elección de los miembros de la asamblea constituyente del art. 30. Parte del cuerpo electoral ejerce también el derecho de iniciativa de leyes (art. 39).

Formalmente, no actúa en la elección de los jueces (nominados por el presidente, con acuerdo del Senado, según el art. 99, inc. 4°, en cuanto a los vocales de la Corte Suprema; y con el mismo dispositivo, previa preselección por el Consejo de la Magistratura, para los jueces de la Nación inferiores a la Corte; art. 114, incs. 1 y 2).

La regulación normativa constitucional secundaria del poder electoral (sin supremacía constitucional), está a cargo del Código Electoral Nacional (ver § 422).

b) *Fáctica*. El poder electoral está condicionado por el sistema representativo de tipo partidocrático auspiciado por la ley de partidos políticos (art. 2°, ley 23.298), que atribuye a éstos el monopolio de la representación política (para los cargos electivos). El poder electoral, por tanto, es sólo el poder de elegir *únicamente* entre los candidatos propuestos por los partidos. Pero la Constitución permite que la ley pueda contemplar candidatos independientes (ver § 341).

c) *Axiológica*. La actuación del poder electoral actualmente es refrendada por una seria presunción de legitimidad, al afianzarse el concepto de *participación popular* como recaudo del sistema democrático. La tesis "a mayor participación, mayor legitimidad democrática" acentúa, pues, la presencia política del poder electoral como algo justo y valioso. Al contrario, los sistemas (aun democráticos) poco participativos, pierden legitimidad.

Naturalmente, esto produce ciertas consecuencias éticas para el electorado, en el sentido de que lo obliga a comportarse con mayor empeño y cuidado: a mayor poder, mayor responsabilidad.

§ 420. ***Derecho electoral.*** – La expresión *derecho electoral* tiene, al decir de Dieter Nohlen, dos acepciones: una amplia, incluye el sector del mundo jurídico que regula las elecciones de los órganos representativos. También podría abarcar los modos de representación política, es decir, la proyección del sufragio en la composición de tales órganos.

Otra, en sentido estricto, sólo apunta a definir quién es elector, quién es elegible y cómo se elige.

En el orden nacional, el derecho electoral tiene algunas pautas en la Constitución, y otras emergen del derecho constitucional secundario. En todo caso, hay reglas formales e informales. El tramo del derecho electoral incluido en la Constitución formal es –como se puede apreciar en el parágrafo anterior– reducido.

§ 421. ***INTEGRACIÓN DEL CUERPO ELECTORAL. INTERROGANTES CONSTITUCIONALES.*** – Históricamente, se ha debatido en la Argentina la opción entre el sufragio *calificado* o el *universal*. Desde un punto de vista histórico, las limitaciones en el ejercicio del sufragio (p.ej., en virtud de la condición de alfabeto) han tenido defensores (González Calderón), quienes sostuvieron que el Congreso, al reglamentar el principio constitucional de idoneidad, mencionado por el art. 16 *in fine* de la Const. nacional, podría requerir la exigencia de saber leer y escribir como requisito de idoneidad para el voto responsable. Como dato ilustrativo, se debe tener en cuenta que, según el censo de 1869, sobre 300.000 electores sólo 50.000 sabían leer y escribir.

Hasta 1947, por lo demás, las mujeres no gozaron en el orden nacional del derecho al sufragio. La ley 13.010 les reconoció tal facultad.

Actualmente, el art. 37 de la Const. nacional impone el sufragio universal, y el art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica obliga a reconocer a "todos los ciudadanos" el derecho y la oportunidad de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, como de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Sin embargo, el mismo art. 23 del Pacto indica que la ley puede reglamentar el ejercicio de tales derechos y oportunidades "*exclusivamente* por razones de *edad*, *nacionalidad*, *residencia*, *idioma*, *instrucción*, *capacidad civil o mental*, o *condena*, por juez competente, en proceso penal".

Con acierto, la Corte Suprema ha declarado que una persona no condenada en un proceso penal no puede ser privada de su derecho a resultar elegida en un comicio, según el referido art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica ("Alianza Frente para la Unidad", *Fallos*, 324:3143), o del derecho a votar ("Mignone", *Fallos*, 325:524, respecto de los detenidos sin condena). La ley 25.858 terminó por permitir el voto de los procesados.

§ 422. ***EL CUERPO ELECTORAL Y EL SUFRAGIO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA.*** – La Constitución nacional determina las características

que debe asumir el sufragio: universal, igual, secreto y obligatorio (art. 37).

No prosperó en la Convención Constituyente de 1994 la idea de declarar el sufragio "personal" o "intransferible", pese a que hubo varias iniciativas al respecto ("Diario de Sesiones", p. 4690 y ss., *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 6211 y ss.), aunque así ocurra en nuestra experiencia jurídica. Actualmente, la indelegabilidad o imposibilidad de transferir el ejercicio del sufragio derivan de su condición de carga pública y consecuente irrenunciabilidad (art. 14, Cód. Electoral Nacional).

El actual Código Electoral Nacional (ley 19.945, modificada, v.gr., por las leyes 20.175, 22.838, 22.864, 23.476, 24.102, y 24.904; t.o. por decr. 2135/83) programa el sufragio para todo tipo de elección nacional (diputados, presidente y vicepresidente y, en su caso, de constituyentes), del modo que analizamos a continuación.

a) *UNIVERSAL.* Para todos los ciudadanos de ambos sexos, desde los dieciocho años cumplidos. Pero quedan excluidos de los padrones electorales (art. 3°), los dementes declarados en juicio o los recluidos en establecimientos públicos; los sordomudos que no sepan hacerse entender por escrito; los soldados conscriptos, agentes, gendarmes, marinos y alumnos de institutos de reclutamiento de las fuerzas de seguridad; los detenidos por orden de juez competente; los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y por el término de ésta; los condenados por participar en juegos prohibidos, por tres años o seis (esto para los reincidentes); los sancionados por deserción calificada, por el doble término de la pena; los infractores a las leyes del servicio militar, hasta cumplir el recargo del caso (actualmente derogado); los declarados rebeldes en causa penal; quienes registren tres sobreseimientos provisionales por delitos que merezcan pena privativa de libertad, o por el delito del art. 17 de la ley 12.331, por determinados plazos. Finalmente, también quedan inhabilitados quienes, en virtud de la ley orgánica de partidos políticos, o de otras disposiciones legales o reglamentarias, no puedan ejercer sus derechos políticos.

b) *INDIVIDUAL.* Además, nadie puede ser obligado a votar en grupo (art. 9°).

c) *Obligatorio.* Existe el deber de votar en toda elección nacional (art. 12), salvo para los mayores de setenta años, los jueces y sus auxiliares que el día del comicio deban asistir a sus oficinas; quienes se hallen a más de quinientos kilómetros del lugar del comicio; los enfermos o imposibilitados por fuerza mayor; el personal de organismos y empresas de servicios públicos que deban realizar tareas que les impidan asistir al comicio durante su desarrollo. Las funciones que la ley asigna al elector son *irrenunciables* (art. 14).

La Constitución admite el voto optativo solamente para las consultas populares no vinculantes (art. 40).

d) *Secreto.* El art. 85 del Cód. Electoral Nacional impone el voto secreto. Los electores no pueden comparecer a las mesas exhibiendo su voto, ni formulado manifiestamente, que importe violar la reserva de su sufragio. El art. 141 impone prisión de tres meses a tres años al que utilizare medios tendientes a violar el secreto del sufragio.

e) *Igual.* La nueva regla constitucional (art. 37) declara explícitamente algo tradicional en la Argentina: que un voto valga lo mismo que otro ("un hombre, un voto"), tesis contrapuesta a las del sufragio *múltiple* o *plural*, según las cuales un individuo podría pesar electoralmente más que otro (p.ej., su voto valdría por tres, teniendo en cuenta su condición de elector común, profesional universitario y propietario), o que pudiese sufragar (p.ej., para integrar la Cámara de Diputados) en más de un lugar (p.ej., como ciudadano ordinario, y además votar para elegir otros legisladores en calidad de representantes según su profesión: voto funcional o corporativo).

§ 423. ***Legitimidad del proceso electoral.*** – Hasta la ley 8871, dictada durante el gobierno del presidente Roque Sáenz Peña, el *fraude electoral* (robo de urnas, cómputos irregulares de los sufragios, violencia sobre los electores, compra de votos, *voto de los muertos*, doble o múltiple voto de una misma persona, sustitución de un elector por otro, etc.) fue harto frecuente en la historia argentina. En 1906, Pellegrini, ex presidente de la Nación, sostenía en la Cámara de Diputados: "No hay voto más libre que

el voto que se vende"; y seis años más tarde, el constitucionalista más distinguido del momento, Joaquín V. González, reconocía: "Este país... no ha votado nunca" (Botana).

Con excepción de tales anomalías, y ciñéndonos a las dos últimas décadas, los procesos electorales argentinos han tenido una importante cuota de legitimidad.

Ningún gran partido nacional o provincial ha impugnado la validez global de las elecciones realizadas, dato muy significativo para el operador de la Constitución.

En materia de comicios, el criterio de la Corte Suprema es que ellos gozan, en principio, de presunción de validez ("Novello", *Fallos*, 314:1784).

§ 424. ***Situación actual.*** – El derecho electoral argentino se nutre particularmente del Código Electoral Nacional (ley 19.945, t.o. por decr. 2135/83), que instrumenta *órganos jurisdiccionales* y un *procedimiento electoral.*

a) El Código mencionado contempla la *justicia electoral*, desempeñada por los jueces federales a cargo de los registros electorales, hasta tanto no se designen magistrados especializados para ese fuero electoral, y por la Cámara Nacional Electoral, en la Capital Federal (art. 42, ley 19.945, t.o. por decr. 2135/83).

b) También programa *juntas electorales nacionales* en la Capital de la Nación y de cada provincia, formadas por magistrados del Poder Judicial, órganos que aprueban las boletas de sufragio, designan las autoridades de las mesas electorales, resuelven las impugnaciones y lo concerniente a la validez o nulidad de las elecciones, realizan el escrutinio del distrito, proclaman a los electos y les otorgan sus diplomas.

§ 425. ***Mecanismo electoral.*** – El Código Electoral Nacional parte de tres ficheros (de electores de distrito, nacional de electores y de electores inhabilitados y excluidos), con los que la Cámara Nacional Electoral forma el Registro Nacional de Electores. De ellos se extraen los datos para formar las listas provisionales de electores. Luego de depuradas aquellas listas provisionales, ellas constituyen el *padrón electoral.*

§ 426. *Actos preelectorales.* – Para estos actos, el Código Electoral Nacional prevé la *convocatoria a elecciones*, realizada, en la Capital Federal, por el Poder Ejecutivo nacional, y en los demás distritos por los ejecutivos correspondientes (art. 53).

Desde la convocatoria y hasta cincuenta días antes de la elección, los partidos presentarán ante el juez electoral la lista de sus candidatos, a los fines de su oficialización.

En las juntas electorales se aprueban las boletas de sufragios a usar en los comicios, presentadas por los partidos.

§ 427. *Desarrollo del comicio. Veda Informativa.* – Reseñamos sus aspectos principales.

a) Como *actos prohibidos*, figuran la aglomeración de tropas o cualquier ostentación de fuerza armada (art. 67); la reunión de electores o el depósito de armas en lugares cercanos a las mesas; los espectáculos populares; la apertura de locales destinados al expendio de bebidas alcohólicas, etc. (arts. 67 a 71, ley 19.945).

b) La custodia del comicio está a cargo de fuerzas policiales (art. 67). La autoridad única de cada mesa es un *presidente*, nombrado por la junta electoral, quien también designa suplentes (art. 72 y siguientes).

c) El día del comicio se deben constituir, a la hora 7.45, en la mesa respectiva: su autoridad, los agentes de policía. El presidente de la mesa habilita el acto y habilita el *cuarto oscuro*. El acto comicial tendrá que iniciarse a la hora 8 y finalizar a las 18 (art. 81 y siguientes).

En "Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas" (*Fallos*, 328:1825), la Corte Suprema convalidó una ley dictada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que impide la difusión, publicación, comentarios o referencias de los resultados de encuestas electorales desde cuarenta y ocho horas antes de los comicios locales, y tambien la difusión de los resultados de los comicios a "boca de urna", por unas pocas horas posteriores a esas elecciones. La doctrina judicial de referencia se la puede justificar en aras de obtener comicios más serenos, objetivos y claros, a fin de lograr, asimismo, la llamada "calidad de voto", así como evitar confusiones sobre las cifras finales de la contienda electoral. Sin

embargo, atento la dura actitud de rechazo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de censura (ver § 946), la solución de la Corte argentina no empalma con las directrices que aquélla sienta en el tema.

§ 428. *Escrutinio.* – Concluido el acto, se procede al escrutinio de los votos. El Código Electoral Nacional prevé las siguientes clases de sufragios:

a) Votos válidos: ajustados a normas vigentes.

b) Votos nulos: emitidos en boletas no oficializadas, o con inscripciones o leyendas, tachaduras, roturas que impidan conocer el nombre del partido, etcétera.

c) Votos en blanco: sin contenido.

d) Votos recurridos: son los observados por algún fiscal en su validez o nulidad.

e) Votos impugnados: son los cuestionados por razones de identidad del sufragante.

§ 429. *Acción de amparo electoral.* – El Código Electoral Nacional crea una acción de amparo específica en favor del elector que se considere afectado en sus inmunidades, libertad o seguridad, o privado del ejercicio del derecho a sufragar.

Lo puede interponer por sí o por intermedio de cualquier persona, por escrito o verbalmente, y como curiosidad, es dable observar que se interpone ante el juez electoral, ante cualquier magistrado próximo, o ante cualquier funcionario nacional o provincial, quienes están obligados a actuar de inmediato (art. 10, ley 19.945).

El juez del amparo resuelve inmediatamente y en forma verbal. Su decisión se cumple sin más trámite, y de ser necesario por la fuerza pública. Se subraya que la jurisdicción de los magistrados provinciales será concurrente –y no excluyente– de la de los jueces nacionales (art. 147).

Hay que recordar que la negativa a tramitar esta acción de amparo, o de resolverla dentro de las cuarenta y ocho horas de interpuesta, es un delito electoral (art. 129, ley 19.945).

El art. 11 del Cód. Electoral Nacional contempla otro amparo, en favor de aquel a quien un tercero retenga indebidamente su

documento cívico. El juez electoral tiene competencia para tramitarlo.

§ 430. ***Infracciones penales.*** – El Código Electoral Nacional prevé *faltas electorales.*

Asimismo reprime *delitos electorales.* Tales delitos se sancionan con diversas penas privativas de libertad.

§ 431. ***Comando General Electoral.*** – Fue creado mediante el decr. 1772/83, para los comicios de 1983, y tenía funciones de coordinación y ejecutivas referentes a las medidas de seguridad que establece la ley electoral.

§ 432. ***Productos del poder electoral. Elección de autoridades.*** – En la Argentina, el poder electoral opera en cuatro dimensiones: elección de gobernantes, iniciativa de leyes, consultas y sanción de leyes.

Respecto de la elección de autoridades, según se anticipó, la reforma de 1994 amplió las competencias del cuerpo electoral, ya que actualmente comprende la de designar diputados, senadores (plenamente a partir del año 2001), presidente y vicepresidente, y convencionales constituyentes (estos últimos por derecho consuetudinario constitucional).

§ 433. ***Consultas populares no vinculantes.*** – Inspiradas, como la iniciativa popular, en las ideas de mayor participación y control del pueblo en los actos de gobierno y de dejar bien en claro la voluntad genuina de las mayorías en ciertos temas (miembro informante del despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 2027, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4777), el nuevo art. 40 las distingue en *no vinculantes* y *vinculantes.*

Las *no vinculantes* (o, según pensamos, consultas en sentido estricto) son de voto opcional (no obligatorio), y pueden ser convocadas por el presidente o por el Congreso, "dentro de sus competencias". En el caso del Congreso, no indica la Constitución cómo será el llamado (si por ley o por otro conducto). Tanto las materias, los procedimientos y la oportunidad de tales convocatorias quedan a merced de una ley especial que dicta el Poder Legislativo con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, según el aludido art. 40.

En la praxis argentina solamente una vez el cuerpo electoral ha intervenido como órgano de consulta, en ocasión del conflicto limítrofe del canal de Beagle y zonas cercanas (decr. 2272/84), pero dentro del marco de la Constitución de 1853-1860. La reforma de 1994 ha eliminado las dudas sobre la viabilidad de la consulta.

Resta añadir que el Poder Ejecutivo también convocó a consulta en 1993 (decrs. 2181/93 y 2258/93) sobre la necesidad de reforma constitucional, pero ella fue dejada sin efecto (decr. 2339/93), a raíz de haberse acordado la reforma mediante el "Pacto de Olivos".

La ley reglamentaria del art. 40 de la Const. nacional fue finalmente dictada bajo el número 25.432. Respecto de estas consultas no vinculantes, especifica que podrá ser sometido a ella "todo asunto de interés general para la Nación", salvo proyectos de ley cuyo procedimiento de sanción se encuentre especialmente reglado por la Constitución nacional, mediante la determinación de la cámara de origen, o por la exigencia de una mayoría calificada para su aprobación (v.gr., reforma constitucional –art. 30–, y demás supuestos mencionados en § 503, 509, 510 y 520).

Sin quien convoca a consulta no vinculante es el Poder Ejecutivo, debe decidirlo en acuerdo general de ministros, refrendado por todos ellos. Si lo hace el Congreso, debe ser aprobado por el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes en cada cámara (art. 7°, ley 25.432).

Realizada la consulta, si el proyecto de ley obtiene el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos, deberá ser tratado por el Congreso de la Nación, y quedará automáticamente incorporado al plan de labor parlamentaria de la Cámara de Diputados de la sesión siguiente a la fecha de proclamación del resultado del comicio por la autoridad electoral (art. 8°, ley 25.342).

Como reglas comunes para estas consultas, y las vinculantes (ver § 435), la misma norma dispone que la ley de convocatoria a ellas deberá contener el texto íntegro del proyecto de ley o de la decisión política objeto de la consulta y señalar claramente las

preguntas a contestar por el electorado, cuyas respuestas no admitirán otras alternativas que las del "sí" o "no". Para determinar el resultado de la consulta, no serán computados los votos en blanco. La justicia electoral es la competente en todo lo relativo al comicio (arts. 9°, 13 y 15, ley 25.432).

§ 434. ***Iniciativa popular de leyes.*** – Aparte de lo dicho, la reforma de 1994 otorgó a la Cámara de Diputados la condición de cámara de origen para que los ciudadanos presenten proyectos de ley, y para someter al cuerpo electoral la sanción de un proyecto de ley (arts. 39 y 40, Const. nacional).

La iniciativa popular contemplada en el art. 39 no es el derecho individual de proponer un texto de ley, al que hacemos referencia en el § 507, sino un derecho grupal que pertenece a los miembros del cuerpo electoral, y que obliga al Congreso a darle tratamiento dentro del plazo de doce meses de presentada la iniciativa (art. 39).

La Constitución diseña aquí una cláusula "programática" (ver § 277), ya que su aplicación depende de la ley reglamentaria a dictarse con el voto de la mayoría absoluta del total de miembros de cada Cámara. Dicha ley, según el mismo art. 39, no puede exigir más del 3% del padrón electoral nacional para suscribir el proyecto y respecto de tal porcentaje tiene que contemplar "una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa".

Conforme aclaró el miembro informante por la mayoría en la Convención de 1994, el aludido 3% es un "techo"; al reglamentar el Congreso el art. 39, puede disponer un porcentaje menor; como establecer porcentajes diferentes, según el tipo de proyecto de ley y su materia ("Diario de Sesiones", p. 2046, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4789).

De esas prescripciones se desprende que el derecho de iniciativa popular del art. 39 rige en todo el país, pero solamente para la promoción de leyes que constitucionalmente puede sancionar la Nación (no importa, por ende, el derecho de los habitantes de una provincia para presentar proyectos en el ámbito legislativo local).

La razón por la que el derecho de iniciativa popular debe plantearse ante la Cámara de Diputados fue, según expresó el

miembro informante por la mayoría, de tipo político: esa sala, representante del pueblo, no podría hacer caso omiso de una propuesta popular de ley ("Diario de Sesiones", p. 2025, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4776). Sin embargo, si por la índole de la materia es el Senado quien debe actuar como cámara de origen (p.ej., en materia de desarrollo de provincias y regiones, según el art. 75, inc. 19), no habrá otra alternativa que derivar la iniciativa a la cámara alta (§ 509).

El art. 39 *in fine* determina que "no serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal". Con relación a los tratados, el miembro informante por la mayoría explicó que la junta de firmas en el pueblo podía complicar nuestras relaciones exteriores; y en cuanto a los otros asuntos, mencionó vagamente su complejidad como factor que justifica su exclusión del derecho de iniciativa ("Diario de Sesiones", p. 2026, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4776). Dejando a salvo el tema de los tratados, las restantes prohibiciones no tienen fundamentación convincente, pues ¿cuál es el motivo de peso que impide a un sector del electorado requerir el tratamiento legislativo de un proyecto en materia penal o de tributos? Media aquí una incoherencia del constituyente, quien por un lado exalta el papel del pueblo en la democracia, y por otro se lo retacea.

La ley 24.747 ha reglamentado el art. 39 de la Const. nacional. Dispone que la iniciativa popular de una ley requerirá la firma de un número de ciudadanos no inferior al 1,5% del último padrón electoral utilizado para la elección de diputados nacionales, y deberá representar por lo menos a seis distritos electorales. Si la propuesta de ley tiene solamente alcance regional, tendrá que cubrir el referido porcentaje considerando solamente a los padrones de las provincias de la región involucrada (art. 4°).

La Cámara de Diputados puede rechazar la propuesta, sin recurso alguno (art. 9°). Se supone que este rechazo liminar únicamente podrá fundarse en no cumplir la presentación con los preceptos constitucionales, con el número de firmas pertinentes o con otros recaudos que exige el art. 5° de la ley (nombre y domicilio de los promotores de la iniciativa). Admitida formalmente, sigue el trámite común de una ley, debiéndose pronunciar el Congreso

en doce meses (arts. 10 y 11). Esto obliga a la Cámara de Diputados a expedirse sobre el fondo de la iniciativa y, de aprobarla, elevarla al Senado. No contempla la ley sanciones para los legisladores si hubiese mora o simplemente incumplimiento en esta labor.

§ 435. ***CONSULTA POPULAR VINCULANTE (SANCIÓN POPULAR DE LEYES).*** – El nuevo art. 40 prevé una importante atribución para el poder electoral, cual es la de sancionar y promulgar leyes.

El trámite de estas leyes, que denominamos "populares" (en contraposición a las que sanciona el Poder Legislativo propiamente dicho, que llamaríamos "leyes congresionales"), es el siguiente.

a) Iniciativa de la ley: Cámara de Diputados de la Nación. Nada impide que el proyecto sea originado por el mismo cuerpo electoral ejerciendo su poder de iniciativa (art. 39, Const. nacional; ver § 434).

b) Decisión del Congreso, por ley, de convocar al cuerpo electoral a pronunciarse sobre el proyecto de ley en cuestión. La ley de convocatoria no podrá ser vetada por el Poder Ejecutivo (art. 40, Const. nacional), aunque hubiese sido aprobada por la mayoría mínima requerida para aprobar una ley, y no contara con dos tercios de votos.

c) El voto, para el integrante del cuerpo electoral, es obligatorio (art. 37, Const. nacional). El voto voluntario está contemplado por el art. 40 únicamente para las consultas populares no vinculantes.

d) El voto afirmativo por parte del pueblo del proyecto "lo convertirá en ley y su promulgación será automática" (art. 40). Ello importa, por un lado, asignar un evidente poder legislativo al poder electoral. Por otro, la norma prohíbe el veto presidencial al proyecto aprobado, ya que al haber promulgación "automática" no podría observarlo (vetarlo), como en cambio sí puede hacer con los proyectos de ley del Congreso (art. 80, Const. nacional).

e) La publicación de la ley popular sigue a cargo del Poder Ejecutivo, según la regla del art. 99, inc. 3, de la Const. nacional.

Al igual que con las consultas populares no vinculantes (ver § 443), las vinculantes (sanción popular de leyes) están sometidas

a la reglamentación que fija el Congreso, con voto de la mayoría del total de los miembros de cada sala, en cuanto las materias, procedimientos y oportunidad de ellas (art. 40 *in fine*, Const. nacional). Según advertimos, ello importa una ley "agravada" o "reforzada" (ver § 128).

Por su parte, la ley 25.432, reglamentaria de estas consultas, excluyó de ellas los proyectos de ley prohibidos para ser tratados en las consultas no vinculantes (§ 433). La ley de convocatoria debe tratarse en una sesión especial y aprobarse por la mayoría absoluta de los miembros presentes en cada cámara (arts. 1° y 2°). El voto de la ciudadanía será obligatorio (art. 3°), pero la consulta será válida y eficaz solamente cuando haya emitido el voto no menos del 35% de los ciudadanos inscriptos en el padrón electoral. Si el proyecto obtiene la mayoría de votos válidos afirmativos, se convertirá automáticamente en ley, a publicar en el Boletín Oficial dentro de los diez días hábiles posteriores a la proclamación del resultado del comicio por la autoridad electoral (arts. 4° y 5°).

Ver, en el § 433, las disposiciones comunes con las consultas no vinculantes.

CAPÍTULO XI

CONGRESO DE LA NACIÓN

A) ESTRUCTURA E INTEGRACIÓN

§ 436. ***APOGEO Y CRISIS DEL PARLAMENTO.*** – Dictada en el siglo XIX –la época de oro del Poder Legislativo, como la llama Alfred de Grazia– la Constitución nacional ubica en primer término al Congreso como *poder* de la Nación. Con esto quiere significar la importancia política que tiene dicho cuerpo, al ser –en principio– el órgano *más representativo* del pueblo.

§ 437. ***DERECHO PARLAMENTARIO.*** – Una clásica definición del *derecho parlamentario*, formulada por Jiménez de Aréchaga, lo presenta como "la rama de la ciencia jurídica que investiga los principios a que deben ajustarse la constitución y el procedimiento de las asambleas legislativas". Forma parte del derecho constitucional (primario y secundario), aunque con el afianzamiento de la estabilidad política y el desenvolvimiento de las instituciones parlamentarias, alcanza un desarrollo vigoroso que le da una situación semiautonómica.

Así, Hernández Valle destaca como fuentes de esta disciplina a la constitución, ciertos tratados internacionales (p.ej., el constitutivo del Parlamento Latinoamericano y el Centroamericano), la ley, los actos con valor de ley, los reglamentos parlamentarios (importantísimos en esta materia), ciertos preceptos de las cartas orgánicas de los partidos políticos, los estatutos de las fracciones

parlamentarias, la jurisprudencia y costumbre parlamentaria, etcétera.

§ 438. ***El caso argentino. Estructura bicameral.*** – La Constitución nacional adopta una fórmula *colegiada* y *compleja* para el Poder Legislativo: "Un Congreso compuesto de dos cámaras, una de diputados de la Nación y otra de senadores de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, será investido del Poder Legislativo de la Nación" (art. 44).

El esquema argentino repite en este punto el modelo estadounidense, que siguió a su vez al "plan Franklin": un Poder Legislativo donde, por un lado, existe una *representación popular* (la Cámara de Diputados) y por el otro una *representación territorial* (el Senado). El "plan Franklin" intentó así compatibilizar las necesidades e intereses de Estados o provincias con gran población (que tendrán mayor gravitación en la Cámara de Diputados) y de Estados o provincias pequeños en cantidad de habitantes (que tendrán igual representación en el Senado).

§ 439. ***Presidencia del Congreso.*** – Este cargo no figura expresamente en la Constitución nacional. Sin embargo, algunas veces el vicepresidente de la República ha sido titulado "presidente nato del Congreso" (así lo hizo Salvador María del Carril, al expedir diplomas militares en favor del presidente Urquiza).

B) Cámara de Senadores

§ 440. ***El Senado. Base de representación.*** – La cámara alta representa (formalmente) a las *provincias* y a la Ciudad de Buenos Aires, según el mentado art. 44 de la Const. nacional. Actúa, pues, como órgano de la representación territorial, hecho frecuente en los Estados federales. Es discutible que el Senado sea órgano representativo, tanto de las provincias como de la actual Capital Federal. Ésta, en efecto, no es provincia, y desde el punto de vista de la teoría del Estado federal darle un lugar en tal Cámara parece anómalo (p.ej., en los Estados Unidos de América, Washington D.C., vale decir, la ciudad capital, no tiene bancas en el Senado). La solución argentina sólo se explica por razones históricas y prácticas: la tremenda importancia de la ciudad capital de la Nación, situada en 1853 en Buenos Aires, cuyo peso poblacional, económico y político es superior al de cualquier provincia, salvo la de Buenos Aires.

¿Representan los senadores, en el plano de la realidad constitucional, a las provincias? La respuesta es dudosa. Es frecuente que en la práctica prevalezcan en el Senado las lealtades personales o partidarias antes que las institucionales, de modo que muchos senadores son más fieles a los intereses y directivas de sus partidos, o a las directivas del presidente de la Nación, que a los requerimientos específicos de sus provincias.

Para acentuar la dependencia de los senadores nacionales de la provincia que formalmente representan, algunas constituciones locales (Córdoba, art. 110, inc. 5°; San Juan, art. 150, inc. 20, etc.) confieren a sus legislaturas competencia para darles instrucciones en temas donde estén involucrados los intereses provinciales. Tales instrucciones pueden tener interés político, pero jurídicamente no son exigibles, ni pueden acarrear sanciones normativas en caso de incumplimiento. Además, puesto que prima en el derecho argentino la tesis del *mandato libre* y no la del *mandato imperativo* (ver § 339 y 342), esas prescripciones constitucionales provinciales no tienen base en el derecho positivo nacional.

§ 441. ***¿A quién representan los senadores de la Ciudad de Buenos Aires?*** – Unos autores sostienen que los senadores capitalinos representan a la Capital Federal, como entidad política (Zarini), en tanto que otros puntualizan que sólo lo hacen por los ciudadanos de ella (Ekmekdjian).

Aunque en parte, la discusión puede ser teórica, jurídicamente la Constitución habla de senadores "*de*" y "*por*" la Ciudad de Buenos Aires, tanto en el art. 44 como en el 54, y no de senadores *del pueblo* de esa Capital.

Conviene advertir que la Constitución habla de senadores "de" y "por" la *Ciudad de Buenos Aires* (arts. 44 y 54), y no de la Capital Federal, como en cambio lo decía el anterior texto de 1853-1860. Ello significa que si la Ciudad de Buenos Aires deja de ser capital de la República (hipótesis que eventualmente con-

templa, por ejemplo, el art. 45 de la nueva Constitución), de todos modos ella conservará representación en el Senado, y que la nueva sede de la Capital Federal, por el contrario, no la poseerá.

§ 442. ***Condiciones para ser senador.*** – El art. 55 enumera los requisitos para ser *elegido* senador: *a*) tener treinta años de edad; *b*) haber sido seis años "ciudadano de la Nación" (esta cláusula rige en particular para los extranjeros naturalizados); *c*) ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella, y *d*) disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente.

La norma –en lo referido a la residencia– se propone aquí evitar a los legisladores *alquilones*, que tanto en el Congreso Constituyente de 1852-1853 como en asambleas anteriores *"representaban"* a una provincia sin tener prácticamente vinculación con ella.

El monto indicado de dos mil pesos fuertes equivaldría a cerca de tres mil trescientos kilogramos de oro fino (Bidegain), es decir, aproximadamente tres mil dólares mensuales. La cláusula tiene un sentido oligárquico, muy resistido en su momento (se aprobó en el Congreso Constituyente por una mayoría muy ajustada), y se la puede considerar derogada por derecho consuetudinario (*desuetudo*), además de resultar ilegítima, según una versión actualizada del sistema democrático (carencia axiológica de norma, ver § 55).

La Constitución parece exigir aquellas condiciones en el momento de ser *elegido* senador, por la legislatura local. Una interpretación más funcional puede entender que se las debe reunir cuando el Senado aprueba el diploma respectivo, instante en el cual, como vimos, concluye el procedimiento de designación del senador.

§ 443. ***Designación.*** – Para justificar su representación provincial (el Senado ha sido llamado, alguna vez, la "dieta de los embajadores provinciales"), los senadores eran elegidos por las legislaturas de las provincias "a pluralidad de sufragios", y los de la Capital Federal, "en la forma prescripta para la elección del presidente de la Nación" (antiguo art. 46, Const. nacional).

La reforma de 1994 programó dos sistemas diferentes de elección de senadores, en función del tiempo.

a) *Período transitorio 1994-2001.* La cláusula transitoria cuarta de la reforma de 1994 estableció un sistema complejo de elección de senadores durante ese período, que ya concluyó y donde hubo serias irregularidades, como que el Senado nacional *designó* senadores no electos por las legislaturas provinciales, conducta alguna vez convalidada –lamentablemente– por la Corte Suprema ("Prov. del Chaco", *Fallos*, 321:3236).

b) *Desde el año 2001.* A partir de entonces son elegidos por el voto popular, en todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires. Se vota en cada jurisdicción por tres, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga más cantidad de votos y la tercera al segundo (ver § 446).

La idea de elegir popularmente a los senadores y de acortar su mandato (que en la Constitución de 1853-1860 era de *nueve* años), estuvo inspirada en el deseo de afirmar la presencia de la democracia en nuestro sistema político (convencional García Lema, miembro coinformante del despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 2210, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4883).

§ 444. ***Número.*** – La Constitución nacional prevé *tres* senadores por cada provincia, y *tres* por la Ciudad de Buenos Aires (actualmente, pues, son setenta y dos). Si se compara con Diputados (que contó en 1993 con 257 miembros), el Senado es reducido. Ello impone un ritmo de trabajo distinto, más reservado y pausado.

El número actual de tres senadores tiene su fundamento, según el convencional Paixao, miembro coinformante del despacho mayoritario en la Convención Constituyente de 1994, en acentuar el pluralismo político y la necesidad de dar alguna participación a las minorías locales en el Senado. De ahí que el actual art. 54 diga que, de los tres, dos corresponden al partido mayoritario y uno a la primera minoría.

Como cada senador dispone de un voto, y la base de representación alude a partidos distintos, bien puede ocurrir que una pro-

vincia tenga en el Senado voces diferentes y hasta contrapuestas. Paixao aclaró que eso no perjudicaba la representatividad provincial en el Senado, ya que ella emergía "por la igualdad de representación de todas las provincias" ("Diario de Sesiones", p. 2216, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4886). Esta defensa no logra sin embargo desvirtuar el hecho de que no es muy coherente que una misma persona jurídica –la provincia– pueda ser representada por tres sujetos que pueden contradecirse.

En el derecho comparado, no siempre las provincias o Estados miembros de una federación tienen representación igualitaria. Alemania, la India y Canadá son ejemplos de representación desigualitaria (en función, aproximadamente, de la población).

§ 445. ***Duración.*** – El art. 56 de la Const. nacional determina que "los senadores duran seis años en el ejercicio de su mandato, y son reelegibles indefinidamente; pero el Senado se renovará a razón de una tercera parte de los distritos electorales cada dos años".

El propósito de la Constitución, al prever distintos períodos para el presidente (cuatro años), diputados (cuatro) y senadores (seis), con renovaciones escalonadas, fue impedir cambios bruscos en la composición política del Congreso y del Poder Ejecutivo, y así, obligar a sus titulares a realizar acuerdos o transacciones constantes, en procura de un poder moderado. Nadie, conforme a este esquema, podría normalmente disponer de una cuota completa del poder.

§ 446. ***Vacancias y suplencias.*** – El art. 62 de la Const. nacional establece: "Cuando vacase alguna plaza de senador por muerte, renuncia u otra causa, el Gobierno a que corresponda la vacante hace proceder inmediatamente a la elección de un nuevo miembro". El mensaje constitucional, al emplear la palabra "inmediatamente", es el de cubrir lo más rápido posible la vacante en cuestión, a fin de que una provincia no pierda peso representativo en el Estado federal; pero si ello no ocurre, no hay fórmula legal para coaccionarla.

En materia de senadores suplentes, la disposición transitoria cuarta de la reforma de 1994 indica: "Toda vez que se elija un senador nacional se designará un suplente, quien asumirá en los casos del art. 62". Pero nada dice en cuanto a los senadores que se eligen popularmente después del año 2001. El asunto está ahora

reglamentado por los arts. 156 y 157 del Código Electoral Nacional, reformados por las leyes 24.444 y 25.658, cada elector vota por dos candidatos titulares y dos suplentes, y el escrutinio de cada elección se practica por lista oficializada, sin tener en cuenta las tachas o sustituciones que hiciere el votante. Resultarán electos los dos titulares correspondientes a la lista que obtuvo la mayoría (simple) de los sufragios, y el primero de la lista siguiente en cantidad de votos. El segundo titular de la última será el primer suplente del senador elegido por la minoría. Los suplentes suceden al titular en las hipótesis del art. 62 (muerte, renuncia "u otra causa").

¿Es constitucional la elección popular de senadores suplentes? La ley 7 de la Confederación Argentina, dictada en 1854, programó un suplente por cada dos senadores de cada distrito. Esta norma, sancionada al año siguiente de entrar en vigencia la Const. de 1853, y en momentos en los que ex constituyentes se desempeñaban en el Congreso y en los ministerios, tiene así una fuerte presunción de constitucionalidad.

§ 447. ***Autoridades.*** – La Constitución nacional prevé dos autoridades para el Senado. Una es su *presidente*, según el art. 57: "El vicepresidente de la Nación será presidente del Senado; pero no tendrá voto sino en el caso que haya empate en la votación".

El objetivo de esta norma es múltiple: *a*) crear un *puente* entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, una suerte de enlace político entre esos dos poderes; *b*) conferir tareas concretas al vicepresidente, ya que si no desempeñase otras funciones, distintas de ser un mero y eventual reemplazante del presidente, sería solamente una suerte de funcionario anodino, y *c*) no privar a alguna provincia de un voto en el Senado, ya que de no desempeñar la presidencia de la Cámara alta el vicepresidente de la República (quien no sufraga en las votaciones del Senado, según el art. 33 de su propio reglamento, sólo lo hace en los supuestos de empate), el cargo lo desempeñaría algún senador, con la consiguiente pérdida –habitual– del voto de esa provincia.

En algunas constituciones modernas, el vicepresidente es sólo hombre del Poder Ejecutivo, sin cumplir roles parlamentarios (art. 79, Const. del Brasil).

La segunda autoridad contemplada por la Constitución es un *presidente provisional*, nombrado por el mismo Senado, para "que lo presida en caso de ausencia del vicepresidente, o cuando éste ejerce las funciones de presidente de la Nación" (art. 58). Usualmente es llamado "presidente *pro tempore*".

El reglamento del Senado prevé también un vicepresidente primero y un vicepresidente segundo (art. 2°), más dos secretarios nombrados por la Cámara, de fuera de su seno (art. 38) y tres prosecretarios (art. 51).

C) Cámara de Diputados

§ 448. ***Base de representación.*** – Los "diputados de la Nación", como los llama el art. 44 de la Const. nacional, son elegidos "directamente por el pueblo de las provincias, de la Ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado", que a esos fines se consideran "como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios" (art. 45).

Según el programa constitucional, pues, cada diputado representa formalmente a *toda* la Nación, y no a una parte de ella. En el ámbito de la realidad constitucional, sin embargo, no ocurre exactamente así. Por ejemplo, al ser elegidos los diputados por distritos (provincias y Capital Federal), es frecuente que el diputado sea considerado representante de ese distrito concreto (y así se habla, en la jerga parlamentaria, del "señor diputado por Santa Fe", "señor diputado por Córdoba", etcétera). Además, los vínculos representativos son con el partido que lo postuló y no con el pueblo globalmente considerado; en parte porque este pueblo *en bloque*, se halla dividido en fracciones contrapuestas, y es obvio que un diputado de un partido sea considerado, de hecho, representante sólo de quienes votaron por dicho partido y no por quienes votaron por otro.

Paralelamente, hasta 1947 las mujeres carecieron de voto, con lo cual esa representatividad global de los diputados resultaba también una ficción constitucional.

§ 449. ***Condiciones para ser diputado.*** – El art. 48 demanda "para ser diputado" estas cualidades.

a) Tener veinticinco años de edad; *b*) cuatro de ciudadanía en ejercicio, y *c*) ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia en ella.

Remitimos a lo dicho en cuanto a las condiciones para ser senador (ver § 442), aunque aquí son menores. Respecto del *momento* en que deben reunirse, el texto constitucional parece indicar que es cuando –normalmente– deben incorporarse a la Cámara. Sin embargo, en la práctica constitucional, recuerda Bidegain, se han dado situaciones de retraso en la consideración de un diploma de diputado, a la espera de la edad constitucional (caso Hardoy, 1936-1938); o en cambio, de rechazo por no contar con ella (caso Pinedo, 1919), o de admisión, aun cuando no se tuviese la edad exigida (caso Joaquín V. González, 1886).

§ 450. ***Ampliación de los requisitos constitucionales.*** – La doctrina discute si es factible por vía de ley, y como reglamentación del principio constitucional de idoneidad (art. 16, Const. nacional), ampliar el número de recaudos para ser electo diputado. Por extensión, ese debate se lo puede extender para los demás cargos cuyas cualidades están requeridas explícitamente por la Constitución (p.ej., para ser presidente, vicepresidente, ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o senador).

La Corte Suprema ("Bianchi", *Fallos*, 248:398) puntualizó que si la Constitución enumeraba los requisitos que, en tales casos, se debían cumplir, no era lícito añadir otros. Sin embargo, el principio constitucional de idoneidad (art. 16) posibilitaría que, mediando razonabilidad, el legislador regule tal principio, siempre que esa reglamentación no sea inequitativa, proscriptiva, desigualitaria o incompatible con un esquema democrático.

De todos modos, ya las leyes ordinarias han establecido barreras al respecto. Por ejemplo, el art. 33 de la ley 23.298 reglamenta que no podrán ser candidatos a cargos públicos electivos, los dementes, sordomudos que no sepan darse a entender por escrito, ciertos condenados por delitos dolosos, los rebeldes en causa penal, etc. (art. 3°, Cód. Electoral Nacional).

La ley 23.298 excluyó también al personal de las fuerzas armadas y de seguridad, magistrados y funcionarios permanentes del Poder Judicial, directivos o apoderados de empresas concesionarias de servicios y obras públicas con la Nación, provincias, muni-

cipalidades o entidades descentralizadas o que exploten juegos de azar, etc. (art. 33, incs. *b* a *e*).

Pero también debe recordarse que la Corte Suprema ha reputado inválidas estas restricciones a procesados sin condena (§ 421).

§ 451. ***Integración de la Cámara. Derecho electoral.*** – La adopción de un régimen electoral importa una opción política muy significativa; según cómo se asignen las bancas dependerá el peso político de las diferentes fuerzas que existen en una sociedad.

En la Argentina se han practicado distintos métodos para integrar la Cámara de Diputados.

a) *Sistema de "lista completa" (1857-1902; 1905-1911).* En términos generales, cada partido presenta una lista con tantos cargos como vacantes haya para cubrir. La lista que obtiene la mayor cantidad de sufragios, obtiene todos los cargos en vacancia.

b) *Sistema de "lista incompleta" o "voto restringido" (1912-1951; 1958-1962).* En cada distrito, la lista que obtiene mayor cantidad de sufragios cubre los dos tercios de los cargos; la segunda, el tercio restante (se admitían tachas en las listas). Se instrumentó por la ley "Saenz Peña", 8871.

c) *Sistema de "circunscripciones uninominales" (1902-1904; 1951-1955).* Básicamente –pues tenía ciertas variantes– dividía cada distrito en tantas circunscripciones como diputados había que elegir. El elector votaba por un solo candidato en cada circunscripción.

d) *Sistema de "representación proporcional" (1957 y a partir de 1963).* Conforme al régimen del Código Electoral Nacional (ley 19.945, t.o. según decr. 2135/83, y ley 24.444), se aplica para las elecciones de diputados nacionales.

El votante sufraga solamente por una lista de candidatos oficializada. No se consideran tachas o sustituciones (arts. 158 y 159). Tampoco se tienen en cuenta, para asignar cargos, las listas que no lograron un mínimo del 3% del padrón electoral del distrito (art. 160).

Para distribuir los cargos, se procede así: el total de votos alcanzado por cada lista se divide por 1, 2, 3, y así sucesivamente. Los resultados o cocientes obtenidos, con independencia de la lista de donde provenga, son ordenados en una nómina final, de mayor a menor en número igual al de los cargos a cubrir. De haber cocientes iguales, se coloca primero el obtenido por la lista que obtuvo mayor cantidad de sufragios, y de haber igualdad también en éstos, se realiza un sorteo. Finalmente, a cada lista le corresponderán tantos cargos como veces sus cocientes figuren en la nómina final, ya indicada (art. 161).

Un ejemplo graficará lo expuesto: supóngase que se celebra una elección para cubrir cinco cargos. Existen 24.000 electores inscriptos. Concurren cuatro partidos, que obtienen los siguientes resultados: A, 10.000 votos; B, 8.000; C, 4.000; D, 500. Hay 1.500 votos en blanco.

No se computan, para asignar las bancas, ni los votos en blanco ni los del partido D (que no alcanzó el 3% del padrón electoral).

Los restantes sufragios obtenidos se dividen de uno a cinco, generando los siguientes cocientes.

PARTIDO A	PARTIDO B	PARTIDO C
10.000 (÷ 1)	8.000 (÷ 1)	4.000 (÷ 1)
5.000 (÷ 2)	4.000 (÷ 2)	2.000 (÷ 2)
3.333 (÷ 3)	2.666 (÷ 3)	1.333 (÷ 3)
2.500 (÷ 4)	2.000 (÷ 4)	1.000 (÷ 4)
2.000 (÷ 5)	1.600 (÷ 5)	800 (÷ 5)

Las cinco bancas quedan asignadas de este modo (nómina final conforme al orden decreciente de cocientes).

1) 10.000 (partido A)
2) 8.000 (partido B)
3) 5.000 (partido A)
4) 4.000 (partido B)
5) 4.000 (partido C)

Con lo cual el partido A obtiene *dos* bancas, el partido B, también *dos*, y el partido C, *una*.

Cabe destacar que en la Convención Constituyente de 1994 hubo varios proyectos tendientes a establecer en el texto constitucional la representación proporcional, pero ellos fueron en definitiva desechados, con lo que ese tema se dejó en manos del legislador común.

§ 452. ***Crítica al régimen de representación proporcional. Otras alternativas.*** – Con razón, Frías alerta que, en materia de sistemas electorales, no hay regímenes inocentes; cada uno evita y favorece alguna circunstancia; aprovecha o perjudica a las distintas fuerzas políticas existentes en una sociedad.

Se han sugerido modificaciones –más o menos profundas, según los casos– al régimen en vigor. Por ejemplo, permitir tachas o sustituciones en las listas (o *sábanas*) de candidatos que presentan los partidos, para que así el elector desplace a ciertos candidatos para él indeseables, o incorpore a otros (el caso más extremo se llama *panachage*); también se ha propuesto el *voto acumulativo*, por el cual el votante puede concentrar su poder electoral en un candidato; por ejemplo, si debe sufragar por ocho diputados, está en condiciones de otorgar ocho votos a un solo candidato; o el voto único, según el cual si se vota por ocho candidatos, el elector puede sufragar únicamente por uno de ellos. Otros aconsejan regresar al método de las circunscripciones uninominales.

Merece mención aparte el sistema de *lemas*, por el que un partido (o lema) puede presentar el día del comicio varios *sublemas* (o *listas*). En definitiva, aquí se acumulan los votos de cada sublema en el lema (partido). Si se trata de una elección parlamentaria, los distintos sublemas ocupan, proporcionalmente, tantas bancas como aquellas que también proporcionalmente tocan al lema. Por ejemplo, si el *lema* o partido A alcanzó el 40% de los votos (sumando los sufragios obtenidos por todos sus sublemas) logrará más o menos el 40% de las bancas de la Cámara. Si presentó tres sublemas, uno de los cuales (A 1) logró dentro del lema el 50% de sufragios, y los otros dos (A 2 y A 3) un 25% cada uno de ellos, en definitiva el sublema A alcanzará el 20% de las bancas de la Cámara, y los sublemas A 2 y A 3 el 10% cada uno.

Todas estas iniciativas procuran *personalizar* el proceso electoral y dar al pueblo un papel más protagónico en éste. Se intenta, así, que el elector común no sea un espectador pasivo frente a las listas sábanas, impuestas en ciertos casos por las autoridades de los partidos –procedimiento, por cierto, poco democrático–, o producto de elecciones internas muchas veces manipuladas por las cúpulas dirigentes de tales partidos.

§ 453. ***Número de miembros.*** – El art. 46 de la Const. nacional dispuso una cantidad de cincuenta diputados para integrar la Cámara; y el art. 47 expresa: "Para la segunda Legislatura deberá realizarse el censo general, y arreglarse a él el número de diputados; pero este censo sólo podrá renovarse cada diez años".

La ley 22.847, en su art. 3°, fijó la base representativa de este modo: un diputado por cada 161.000 habitantes o fracción no menor de 80.500. A eso se agregará, por cada distrito, la cantidad de tres diputados; pero cada distrito no podrá tener menos de cinco.

Esto da lugar a situaciones dispares. Las provincias con escasa población están sobrerrepresentadas, ya que –según la ley– tienen cinco diputados como mínimo, independientemente de la cantidad de habitantes que posean. Así, hacia 1987, y como resultado de aplicar la ley 22.847, la provincia de Buenos Aires enviaba a la Nación un diputado por cada 171.463 votantes, mientras que la de Santa Cruz elegía uno por cada 31.041 votantes ("La Nación", 6/9/87). Esa disparidad es inconstitucional, porque importa un trato desigualitario.

§ 454. ***Duración.*** – El art. 50 de la Const. nacional determina que "los diputados durarán en su representación por cuatro años, y son reelegibles; pero la Sala se renovará por mitad cada bienio; a cuyo efecto los nombrados para la primera Legislatura, luego que se reúnan, sortearán los que deban salir en el primer período".

Pocos discuten la razonabilidad del período de cuatro años. Lo opinable, eso sí, es la renovación de la Cámara por mitad, cada dos años. ¿Importa eso un régimen demasiado frecuente de elecciones? ¿No sería más oportuno programar una renovación total de la Cámara cada cuatro años? Existen argumentos en pro de una y otra posición. En conclusión, el esquema constitucional

nos atrae, ya que obliga a los elencos en ejercicio del poder a rendir cuentas y revalidar el apoyo popular en plazos bastante reducidos.

§ 455. *Vacancias y suplencias.* – El art. 51 de la Const. nacional indica: "En caso de vacante, el Gobierno de provincia, o de la Capital, hace proceder a elección legal de un nuevo miembro".

Este artículo es curioso, y ha sufrido una interesante mutación. Trae un error, porque tratándose de diputados nacionales, quien debería convocar a la elección para cubrir una vacante es el Gobierno nacional y no uno *de provincia*. El electo desempeñaría el cargo hasta la conclusión del período del diputado a quien reemplaza.

Sin embargo, el derecho subconstitucional ha desplazado la regla de la Constitución; la ley 19.945 y modificatorias (t.o. por decr. 2135/83 y ley 24.444), por ejemplo, instrumenta un régimen de *suplencias*, ya que su art. 164 dispuso que para los supuestos de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un diputado, es sustituido por quien lo sigue en la lista como candidato titular en el orden establecido. Agotada la lista, se sigue por los suplentes, de conformidad con la prelación consignada en la lista respectiva. El art. 163 determina la elección de diputados titulares y suplentes.

En principio, este esquema no coincide con el plan dispuesto por el art. 51 de la Const. nacional. Sin embargo, tal vez por su practicidad (ya que obvia elecciones para designar suplentes) y por respetar la voluntad del electorado (ya que los suplentes tienen origen comicial), está avalado por el derecho constitucional consuetudinario.

§ 456. *Autoridades.* – La Constitución nacional no indica cuáles son las autoridades de la Cámara de Diputados. Su reglamento prevé un presidente, un vicepresidente primero, un vicepresidente segundo y un tercero (art. 2°), electos por la Cámara. El art. 43 del reglamento contempla también tres secretarios (no legisladores), nombrados también por la Cámara, y tres prosecretarios (art. 53, reglamento).

D) Asamblea Legislativa

§ 457. *Concepto y funciones.* – La sesión conjunta del Senado y de la Cámara de Diputados forma la *Asamblea Legislativa*. Este cuerpo no es llamado así por la Constitución, sino por la costumbre constitucional.

Este tipo de asamblea es algunas veces producto de la constitución formal, y otras, del derecho consuetudinario. Se la convoca en circunstancias muy singulares.

a) Para "admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente o vicepresidente de la República; y declarar el caso de proceder a nueva elección" (art. 75, inc. 21). La Constitución nacional no impone siempre la actuación conjunta de ambas cámaras (que podrían expedirse por separado en cuanto a la evaluación de las renuncias), pero en la práctica parlamentaria se ha operado por vía de Asamblea Legislativa.

b) Para determinar qué funcionario público ha de desempeñar la presidencia, en los casos de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, "hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo" (art. 88). Tampoco aquí la Constitución exige que haya Asamblea Legislativa (sólo dice "*el Congreso* determinará"), aunque conforme a la ley de acefalía 20.972, así se opera.

c) Para tomar juramento al presidente y vicepresidente, que se presta ante el presidente del Senado, "y ante el Congreso reunido en Asamblea" (art. 93).

d) Para oír al presidente de la República en ocasión de la apertura del año legislativo, "reunidas al efecto ambas cámaras" (art. 99, inc. 8).

e) Según usos parlamentarios, la Asamblea Legislativa se reúne también para la recepción de jefes de Estado extranjeros, personalidades muy distinguidas o por razones extraordinarias (Bidegain).

f) Ocasionalmente, la asamblea legislativa ha materialmente legislado, como lo hizo el 23 de diciembre de 2001, al disponer la

elección de un nuevo presidente de la Nación mediante el sistema de "ley de lemas" (ver § 452), aunque en definitiva ello no se efectivizó. La asamblea legislativa –como lo destacan Guibourg y Mendonça– invocó inconstitucionalmente el art. 75, inc. 32, de la Const. nacional, dado que el ejercicio de funciones propias de la legislación compete al Congreso, pero la Constitución dispone que actuando cada cámara por separado y no reunidas en un acto conjunto.

Cabe preguntarse si la Asamblea Legislativa es un órgano peculiar, sui géneris, del Estado. En realidad, tanto por la Constitución como por el derecho constitucional consuetudinario, tiene funciones propias; no es una simple sumatoria de las dos cámaras, sino un cuerpo especial, unificado, que actúa bajo el comando de la presidencia del Senado.

E) Comisiones parlamentarias

§ 458. ***Origen y objetivos.*** – La Constitución de 1853-1860 no contemplaba explícitamente a las *comisiones parlamentarias* (organismos compuestos por legisladores, por decisión de la ley o del reglamento interno de cada sala, con el fin de auxiliar a éstas en el desempeño de sus funciones), pero ellas están fuertemente afianzadas por el derecho consuetudinario constitucional (ver § 495, respecto de las comisiones investigadoras). Tuvieron su origen en los poderes implícitos del cuerpo legislativo (art. 75, inc. 32, Const. nacional), aunque actualmente están previstas por el art. 79 de la Const. nacional y se las puede dividir de la manera siguiente: comisiones permanentes y comisiones especiales.

Una variante de las comisiones especiales son las *bicamerales*, integradas por miembros de las dos salas, "para el estudio coordinado o sistemático de algún asunto" (art. 105, regl. del Senado).

Además, la reforma de 1994 creó específicamente una Comisión Bicameral Permanente (arts. 99, inc. 3, y 100, inc. 13). Su composición debe respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara, y tiene por misión conocer los decretos de necesidad y urgencia que emita el presidente, y remitir su despacho al plenario de cada Cámara del Congreso, en el plazo de

diez días, para su consideración por ellas, todo según un trámite que determina el Congreso por ley especial sancionada con la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara.

La citada Comisión tiene también que controlar los decretos de promulgación parcial de leyes, a tenor de los arts. 80 *in fine* y 100, inc. 13, y los decretos presidenciales que ejercen facultades legislativas delegables por el Congreso (art. 100, inc. 12). Está regulada por la ley 26.122, que la conforma con ocho diputados y ocho senadores.

§ 459. ***Composición.*** – Las comisiones, según los reglamentos de cada Cámara, se conforman con un número variable de miembros, atendiendo proporcionalmente a los partidos políticos representados en las cámaras. Éstas han delegado en las comisiones facultad para requerir informes y datos. Actúan incluso durante el receso parlamentario, y elevan sus dictámenes a cada sala con informes de mayorías y minorías.

Son piezas vitales para el funcionamiento del Congreso, ya que en ellas recae la tarea habitual de analizar proyectos de ley, recabar informaciones, realizar estudios y concretar las operaciones de control.

F) Bloques

§ 460. ***Características.*** – Otro producto de la praxis constitucional han sido los *bloques partidarios*, expresamente tratados por el reglamento de la Cámara de Diputados. Normalmente se conforman con tres o más legisladores "de acuerdo con sus afinidades políticas" (art. 55, reglamento), aunque pueden ser de un número menor. Tienen personal propio, pero transitorio (se disuelve con la desaparición del bloque, según el art. 57). El reglamento del Senado (art. 55) contempla también a los bloques, que en principio se forman con dos o más senadores. Pero puede haber bloqueos unipersonales.

Los bloques tienen especial importancia en la vida parlamentaria, ya que regulan la actuación de los legisladores de cada Cámara, en función del partido político al cual pertenecen. Es usual

que en ellos se planifique quién hará uso de la palabra, en qué sentido se votará, cuándo se prestará quórum, etcétera.

§ 461. ***Libertad de acción.*** – Como instrumentos de la *disciplina partidaria*, la existencia y actuación de los bloques provoca situaciones de tensión entre la libertad de acción del legislador y su obediencia al partido que lo llevó a elecciones. Jurídicamente, la Constitución no maneja la idea de *mandato imperativo*, de modo que el congresal puede votar discrecionalmente, según su conciencia.

G) Normas sobre incorporación, corrección y exclusión comunes a diputados y senadores

§ 462. ***Reglas vigentes.*** – En este tema cabe distinguir diferentes situaciones: *a*) Reglas de inelegibilidad (ver § 442 y 449); *b*) Reglas de incompatibilidad; *c*) Reglas de corrección, y *d*) Reglas de destitución.

§ 463. ***Normas formales constitucionales de incompatibilidad.*** – La Constitución prevé cuatro supuestos *explícitos* de incompatibilidad. Otros se pueden inferir *implícitamente* de su texto o provienen del derecho constitucional consuetudinario.

a) *Recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo sin previo consentimiento de la Cámara respectiva (excepto los empleos de escala).* Contemplada en el art. 72 de la Const. nacional, se custodia aquí la autonomía del Congreso frente a posibles influencias de la Presidencia.

Se trata de una incompatibilidad *relativa*: los *empleos de escala* no están comprendidos en la prohibición (son cargos obtenidos mediante carrera administrativa; es decir, nombramientos no discrecionales del Poder Ejecutivo).

b) *Eclesiásticos regulares.* Según el art. 73 de la Const. nacional, son los integrantes de órdenes religiosas que pronuncian el voto de obediencia a sus superiores. No están comprendidos los sacerdotes del clero diocesano o secular.

c) *Gobernadores de provincia.* "Por la de su mando", también dice el art. 73.

Sin embargo, el derecho constitucional consuetudinario y la doctrina especializada han extendido esta incompatibilidad a *todos* los casos (por ende, un gobernador no puede ser legislador por ninguna provincia), en resguardo de la independencia parlamentaria del legislador *nacional*.

d) *Ministros.* También fundada en el principio de división de los poderes, esta regla proviene del art. 105 de la Const. nacional: "No pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos de ministros".

En el derecho consuetudinario constitucional, el art. 105 ha tenido dos interpretaciones. Por un lado, ha sido claro que un ministro, si es electo diputado o senador, debe renunciar a ese cargo para asumir su banca parlamentaria. Pero si se trata de un legislador designado ministro, las experiencias han sido contradictorias. La ley 60 de la Confederación Argentina consideró que también debía renunciar. Sin embargo, han existido autorizaciones (p.ej., en 1854, a los senadores Zuviría y Galán; más recientemente, entre muchos otros, al diputado Pugliese, durante la presidencia de Alfonsín).

§ 464. ***Reglas de derecho constitucional consuetudinario.*** A las citadas prescripciones constitucionales formales, se han sumado otros supuestos de incompatibilidad.

Entre otros, la incompatibilidad del cargo de legislador con los de presidente y vicepresidente, o juez (Bidegain, Bidart Campos), en razón de afectarse el principio de división de los poderes.

Ciertas leyes, como la 22.192, han programado la incompatibilidad entre el cargo de legislador nacional y el ejercicio como abogado en dicha jurisdicción.

§ 465. ***Incorporación.*** – Las cámaras, como jueces de las "elecciones, derechos y títulos" de sus miembros, se regulan por el art. 64 de la Const. nacional, al determinar que "cada cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez". Esta regla suscita varias interpretaciones.

a) Una, *literal*, atendiendo la amplitud de las palabras *elecciones*, *derechos* y *títulos*, parece dejar en poder de cada sala del Congreso, competencias *exclusivas* y *totales* para apreciar la corrección del trámite de designación de un diputado o senador.

b) Otra interpretación señala distintos *momentos* en el trámite de elección de un legislador, teniendo en cuenta, de modo especial que la legislación complementaria a la Constitución ha creado juntas electorales, jueces electorales y una Cámara Nacional Electoral (§ 425 y ss.), con competencias específicas. Así (Vanossi, Bidart Campos), habría una *primera etapa*, referente al escrutinio y validez del cómputo de votos del cuerpo electoral (en la elección de diputados), esto es, lo "contencioso-electoral", propia de aquellos órganos; y una *segunda etapa*, en la Cámara del Congreso, donde se examinaría si el candidato tiene las condiciones constitucionales y se realizaría una evaluación global del proceso electivo.

La Corte Suprema determinó que configura cuestión justiciable el conflicto generado por la negativa de la Cámara de Diputados de incorporar a quien fue proclamado legislador por las autoridades electorales pertinentes (en la especie, se planteó acción de amparo; "Bussi", *Fallos*, 324:3358).

§ 466. ***Evaluación del mérito de los legisladores electos.*** En el derecho constitucional estadounidense, con una constitución parecida a la nuestra, se ha discutido si las cámaras podrían rechazar los diplomas por padecer los elegidos de ciertos defectos o inconductas, como haber participado en actos hostiles o tomado las armas contra la Nación. En 1868 se excluyó por esas razones a un diputado y a un senador electos, y en 1919 a otro diputado, bajo acusación de haber apoyado al enemigo. En 1890, la Cámara de Representantes negó a un diputado electo el derecho a incorporarse, por pertenecer a la confesión religiosa de los mormones, "convicto y confeso de poligamia" (Bidegain).

En principio, la Constitución argentina no posibilitaría esas exclusiones, puesto que el mencionado art. 64 sólo hace referencia a la validez (formal, entendemos) de las "elecciones, derechos y títulos"; la apreciación de los méritos intrínsecos del candidato corresponde al cuerpo electoral.

Sin embargo, el 1º de diciembre de 1999, la Cámara de Diputados negó la incorporación a su seno del legislador electo Antonio D. Bussi, argumentando razones de índole ética. Tal decisión fue recurrida ante el Poder Judicial, quien reputó justiciable el problema (ver CSJN, "Bussi", *Fallos*, 324:3358).

El 23 de mayo de 2006, la misma Cámara negó su ingreso a Luis Patti (electo por cerca de 400.000 sufragios), argumentando inhabilidad moral, al vinculárselo con la comisión de crímenes de lesa humanidad, pese a no encontrarse procesado ni condenado judicialmente (La Nación, 24/5/06, p. 6). Esta decisión viola el art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica, norma que solamente acepta exclusiones electorales por delitos, mediando sentencia penal, y corrobora el más que peligroso precedente de permitir a la mayoría de dos tercios de la Sala impedir la incorporación de legisladores por razones ideológicas, no obstante haber sido votados por el cuerpo electoral. Con tal proceder, una cámara del Congreso también se convierte, por cierto que antisistémicamente, en juez político del sector del pueblo que eligió al candidado.

§ 467. ***Trámite interno en las cámaras.*** – El procedimiento de enjuiciamiento de las elecciones, derechos y títulos previsto por el art. 64 de la Const. nacional, tiene matices distintos en cada sala del Congreso.

a) *Cámara de Senadores.* El trámite corriente de incorporación se realiza en las *sesiones preparatorias*, que se fijan a partir del 29 de noviembre (o día hábil anterior) de cada año, cuando hubiere renovación.

b) *Cámara de Diputados.* Aquí se produce una situación particular, producto del régimen de renovación bienal de diputados (art. 50, Const. nacional) y de nuestras prácticas parlamentarias.

El art. 1º del reglamento de la Cámara de Diputados dispone que dentro de los diez primeros días de diciembre la Cámara se reúne en sesión preparatoria a fin de elegir autoridades y, en los años de renovación, para incorporar y recibir el juramento de los diputados electos. Según el art. 2º, no concurren los diputados que finalizan su gestión en diciembre (cada dos años, la mitad de la Cámara). Por tanto ésta quedaría (en tales oportunidades) sin quórum para operar.

Para evitar tal bloqueo, el reglamento de la Cámara de Diputados prevé que a esa sesión se incorporen definitivamente los diputados electos no impugnados y, provisoriamente, quienes sean impugnados en esa misma sesión.

§ 468. ***Juramento.*** – El art. 67 de la Const. nacional explicita: "Los senadores y diputados prestarán, en el acto de su incorporación, juramento de desempeñar debidamente el cargo, y de obrar en todo en conformidad a lo que prescribe esta Constitución".

El juramento (llamado en otras constituciones *promesa solemne*, *protesta*, etc.) importa una afirmación solemne de cumplir determinado deber. Originalmente tuvo un sentido religioso: poner a Dios como testigo de la promesa que realiza quien jura (la violación sería castigada por el mismo Dios), y todavía mantiene para los creyentes ese sentido. Los no creyentes juran por la patria, su honor, etcétera.

Interesa observar que el art. 67 no impone el juramento religioso. El reglamento del Senado prevé *tres* fórmulas: "la Patria, por Dios y los Santos Evangelios"; "a la Patria y por Dios" y "a la Patria" (art. 10), y el de Diputados *cuatro* (además de las indicadas, un juramento más simple, de desempeñar fielmente el cargo de legislador, conf. art. 10).

§ 469. ***Reglas de corrección.*** – El art. 66 de la Const. nacional prohíbe a los legisladores el "desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones", y autoriza a cada Cámara, con dos tercios de votos, a *corregir* al congresal del caso.

Los reglamentos de ambos cuerpos prohíben las alusiones irrespetuosas, las imputaciones de mala intención o de móviles ilegítimos, las interrupciones no autorizadas en la exposición de un orador, los insultos y expresiones ofensivas.

La Constitución requiere dos tercios de votos en las correcciones, a computar entre los legisladores presentes en la Cámara (doctrina prácticamente unánime).

§ 470. ***Reglas de exoneración.*** – El art. 66 de la Const. nacional autoriza a cada sala del Congreso (respecto de un legislador) a "removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su

incorporación, y hasta excluirle de su seno", por "dos tercios de votos". Esta regla suscita varios interrogantes.

La "inhabilidad física o moral" debe resultar, obviamente, grave (de no ser así, cabrían otras sanciones menores, vía *corrección*, como veremos de inmediato).

La apreciación sobre la "inhabilidad física o moral" queda a criterio de cada Cámara, pero de ser el juicio de ésta irrazonable, absurdo o exagerado, o haberse adoptado sin posibilidad de un mínimo de defensa, queda abierto, a nuestro entender, el camino de su evaluación judicial por inconstitucionalidad en el pronunciamiento de la Cámara. Un antecedente interesante al respecto fue el caso "Sueldo de Posleman": dos diputadas provinciales de San Juan recurrieron –mediante acción de amparo– ante el Poder Judicial en reclamo por su exoneración, y obtuvieron por parte de la Corte local la apertura de la instancia judicial para revisar la exclusión de los jueces (vía juicio político) que debían decidir el amparo (*DJ*, 1987-2-692, y *LL*, 1987-C-244).

De todos modos, en "Nicosia" (*ED*, 158-237), la Corte Suprema ha entendido que la apreciación de las causales de remoción de un acusado mediante el juicio político hecha por el Senado es cuestión no justiciable, doctrina ratificada en "Moliné O'Connor" (*JA*, 2004-III-496), con lo que, análogamente, es posible que todavía repute lo mismo para la evaluación de los motivos de exoneración de un legislador por la Cámara respectiva.

La Constitución, en su art. 66, se refiere a la incapacidad física o moral *sobreviniente* a su incorporación. Una interpretación literal estricta diría que hechos anteriores, conocidos o desconocidos al aprobar la sala el diploma de legislador, no pueden después ser evaluados por la Cámara para removerlo. La doctrina, en una interpretación más moderada, indica que si esos hechos eran ocultos (esto es, desconocidos por la sala al aprobar el diploma), podrían más tarde ser evaluados a los fines de la exclusión (Bidart Campos). Aunque esta interpretación tiene sólidas razones de justicia, la prudencia aconseja no aceptarla; de seguirla, sería posible cesantear a legisladores por hechos, aun lejanos, no notificados a la sala en el momento de aprobar el diploma de incorporación.

La Constitución no indica el procedimiento de destitución, salvo cuando requiere dos tercios de votos (al no decir otra cosa,

habrá de entenderse que de los miembros *presentes* en el recinto). Tal es la tesis mayoritaria (Bidart Campos, González Calderón, Montes de Oca).

§ 471. ***Renuncias.*** – El art. 66 *in fine* de la Const. nacional determina que basta la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes en una Cámara, "para decidir en las renuncias que voluntariamente hicieren de sus cargos" (los legisladores).

Una Cámara puede negarse a aceptar, incluso, una dimisión indeclinable por razones fundadas; por ejemplo, por entender que la presencia del diputado o senador en cuestión es necesaria para realizar en un momento determinado cierto trabajo parlamentario.

H) Auditoría General de la Nación

§ 472. ***Reglas vigentes.*** – La reforma de 1994 dio jerarquía constitucional a la Auditoría General de la Nación, órgano que ya había sido creado por ley 24.156.

El nuevo art. 85 de la Const. nacional la define como un "organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional". Según el miembro coinformante del despacho mayoritario, Paixao, respondió a la necesidad de que el Parlamento realizara el control de legalidad y de gestión de cualquier sector de la Administración pública, dado "el carácter universal de su acción... [ya que] no hay ningún sector de la Administración que sea un área reservada en la cual el ojo, el oído y la lectura del Congreso no puedan entrar".

Se planificó así como un cuerpo técnico-político específico, con roles de inspección y control, y como *órgano del Congreso* ("Diario de Sesiones", p. 2222 y 2223, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4889 y 4890). De ahí que no se configure como órgano extrapoder.

La integración y funcionamiento de la Auditoría General de la Nación deben fijarse por una ley reglamentaria, aprobada con la mayoría absoluta de los integrantes de cada sala del Congreso. El presidente de la Auditoría es designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso (art. 85, Const. nacional).

La ley 24.156 estableció que la Auditoría se integraba con siete miembros, tres nombrados por el Senado, tres por Diputados y el séptimo por resolución conjunta de los presidentes de las dos cámaras (arts. 122 y 123). Su estructura orgánica y reglas básicas de actuación se establecen por la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, y por las comisiones de presupuesto y hacienda de cada cámara del Congreso (art. 116).

Sobre las funciones de la Auditoría General de la Nación, nos remitimos al § 624 ya que importan, básicamente, la fiscalización –en ciertas áreas– del comportamiento del Poder Ejecutivo.

I) Defensoría del Pueblo

§ 473. ***Introducción. El "ombudsman" en el derecho comparado.*** – La institución del *ombudsman* es una pieza moderna y significativa en cuanto a las relaciones de control entre los poderes.

De origen escandinavo, su traducción aproximada es la de *comisionado parlamentario* (aunque en otros países, como España, se lo llama *defensor del pueblo*; en Francia, *mediador*; en Portugal, *procurador de justicia*). Su objetivo inicial fue fiscalizar la gestión de la Administración pública, por parte del Poder Legislativo, de quien depende y a quien debe rendir cuenta de su gestión. Es, también, en sus orígenes, un mecanismo propio de sistemas parlamentarios.

Posteriormente, el *ombudsman* ha tenido otras inserciones institucionales: como parte del Ministerio Público (ver § 615 y ss.), entendido éste como órgano extrapoder (art. 250/1, Const. del Perú), o aun dentro de la órbita del Poder Ejecutivo (p.ej., los *executive ombudsman* de ciertos Estados norteamericanos o el *mediador* francés). Entre sus fines se ha incluido (en Latinoamérica) la "promoción, el ejercicio y la defensa de los derechos humanos" (caso del art. 282, Const. de Colombia). También han aparecido *ombudsman* especializados: así, en Alemania Federal, el comisario del Parlamento para asuntos militares; o el *delegado judicial* del

parlamento, en la Constitución de Finlandia (art. 49), ocupado de asuntos tribunalicios, con lo que la esfera de control se extiende, en este caso, a áreas del Poder Judicial.

Normalmente, el *ombudsman* carece de facultades imperativas, su papel consiste en detectar anomalías y comunicarlas a otros órganos de control, para el dictado de las medidas correctivas consecuentes. También se lo habilita para formular denuncias, citar a testigos o iniciar ciertas acciones judiciales (p.ej., la de amparo).

§ 474. ***Reforma constitucional de 1994. Situación institucional.*** – La Convención sancionó el nuevo art. 86 de la Const. nacional, que regula el instituto del "defensor del pueblo", complementado por las leyes 24.284 y 24.379.

Éste "es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso", y según el miembro coinformante del despacho mayoritario, Masnatta, tuvo por fin vigorizar al Poder Legislativo para hacerle recobrar credibilidad y contenido técnico, mediante una función especializada de control. Presentado en la Convención como "el abogado de la sociedad", quedó claro que su inserción en la esfera del Congreso permitía que éste regulase su estructura, pero no que le diera instrucciones acerca de cómo actuar (convencional Figueroa, miembro también coinformante, "Diario de Sesiones", p. 1518 a 1523, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4512 a 4516). Su papel de control con relación a la Administración pública fue entendido como externo a ella, y complementario del jurisdiccional.

§ 475. ***Nombramiento y duración.*** – Según el art. 86 de la Const. nacional, el defensor del pueblo es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las cámaras. El objeto de esta cláusula fue "evitar actitudes gatopardistas como sería el caso de que el partido gobernante nombrase a un correligionario", y darle al defensor un sólido respaldo de los representantes del pueblo (convencional Figueroa, "Diario de Sesiones", p. 1524, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4513).

La ley 24.284 ha previsto como causales de cese, además del vencimiento del plazo de designación, la renuncia, la condena firme por delito doloso, la incapacidad sobreviniente, notoria negligencia o situación de incompatibilidad (art. 10).

Las hipótesis de renuncia, incapacidad y condena son resueltas por los presidentes de ambas cámaras. La negligencia e incompatibilidad, por los dos tercios de los miembros presentes de cada sala, previo debate y audiencia del defensor (art. 5°, ley 24.379).

El art. 86 de la Const. nacional agrega que "goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores". La exención de arresto comprende desde el día de su nombramiento hasta el de su cese o suspensión, salvo el caso de ser sorprendido *en flagrante* delito, de lo que deberá darse cuenta a los presidentes de cada cámara, con información sumaria del hecho. Si se dictase contra él auto de procesamiento por delito doloso, podrá ser suspendido por ambas cámaras (ley 24.379).

§ 476. ***Funciones.*** – El art. 86 de la Const. nacional encomienda al defensor del pueblo dos tareas básicas.

a) De protección y defensa "de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración". Para eso, "tiene legitimación procesal". El art. 43 añade que puede plantear acciones de amparo ante casos de discriminación y para custodiar los derechos relativos al ambiente, la competencia, el usuario y consumidor, y los de incidencia colectiva (usualmente llamados *intereses difusos*).

El constituyente de 1994 ha pecado aquí de excesiva amplitud, convirtiendo al defensor del pueblo en una suerte de "curalotodo" del sistema institucional y administrativo, aunque de hecho, por supuesto, no puede asumir tal hipermisión.

Por lo demás, el art. 86 incurre en redundancias con el art. 120, que encomienda al Ministerio Público la "actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad". Es visible que esa legalidad y esos intereses generales de la comunidad bien pueden coincidir con los derechos humanos y los demás intereses, derechos y garantías que confieran la Constitución y las leyes, y que el art. 86 deja al cuidado del defensor del pueblo.

A su turno, la Corte Suprema de Justicia ("Frías", *JA*, 1995-III-187; ver § 624) negó legitimación al defensor del pueblo para requerir pronto despacho en una serie de expedientes previsionales demorados, argumentando que "el Poder Judicial queda exceptuado del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo", según el art. 16 de la ley 24.284.

b) La otra función del defensor del pueblo es controlar el ejercicio de las funciones administrativas públicas (art. 86, Const. nacional), tema que trataremos más adelante (ver § 624), como muestra de fiscalización por parte del Congreso.

J) El Parlamento Latinoamericano

§ 477. ***Estructura y fines.*** – Este organismo, explica Ekmekdjian, no es gubernamental, ni representa formalmente a los países que lo componen, ni cuenta con personería jurídica internacional. Surgió en 1964, de una iniciativa del Congreso del Perú, que convocó a legisladores de diversos países latinoamericanos, y que voluntariamente lo erigieron. En tal oportunidad se labró la "Declaración de Lima", con propósitos de integración social, cultural y económica, lucha contra el analfabetismo, fomento del turismo, etcétera.

El Parlamento Latinoamericano es unicameral, formado exclusivamente por legisladores de los países del área. Cada delegación nacional cuenta con un número máximo de dieciséis miembros. Las reuniones ordinarias son una vez por año. Las resoluciones consisten básicamente en recomendaciones.

En síntesis, hay, en el Parlamento Latinoamericano, legisladores argentinos, aunque nuestro Congreso nacional no está subordinado a aquél.

Capítulo XII

OPERATIVIDAD DEL CONGRESO

§ 478. ***Introducción.*** – El derecho constitucional formal y el consuetudinario (este último, nacido de normas infraconstitucionales y de prácticas parlamentarias) han disciplinado una serie de normas destinadas a reglamentar la actuación del Congreso.

A) Garantías de funcionamiento

§ 479. ***Individuales y corporativas.*** – Con el fin de posibilitar la actuación del Congreso como poder del Estado, la Constitución enuncia una serie de competencias, prerrogativas, inmunidades y privilegios conferidos tanto a cada cámara como corporación, como a cada legislador en concreto (Leloir *in re* "Juan D. Perón y otros", *Fallos*, 234:250, y "Martínez de Perón", *Fallos*, 298:736). No obstante, y según la Corte Suprema, en cualquier caso los derechos individuales de un congresal son, en definitiva, garantías conferidas en función de la independencia del Congreso, y no de los individuos que lo componen ("Martínez Casas", *Fallos*, 248:462). El sentido de ellas, pues, es siempre *institucional*.

§ 480. ***Garantías individuales. Remuneración.*** – El art. 74 dispone: "Los servicios de los senadores y diputados son remunerados por el Tesoro de la Nación, con una dotación que señalará la ley".

El propósito de esta norma es garantizar adecuadamente los ingresos de los legisladores (en la historia del derecho parlamentario, esto tuvo inicialmente por objeto atender las necesidades de diputados provenientes de clases medias y bajas). Tales remuneraciones se llaman *dietas* en la jerga parlamentaria.

En el último lustro del siglo xx, los ingresos de los parlamentarios argentinos ascendían a $ 10.600 mensuales (por dietas, $ 2.000; gastos de representación, $ 4.400; pasajes, en boletos o en efectivo, $ 3.000; viáticos, para los senadores, en concepto de combustibles, y para los diputados, en concepto de "desarraigo", $ 1.200), sometidos a descuentos y aportes legales. En agosto de 1996 el haber neto promedio era de $ 9.200 ("La Nación", del 16/8/96).

§ 481. ***Inmunidad de opinión.*** – El art. 68 de la Const. nacional prescribe: "Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador".

Esta regla, de obvia protección al libre ejercicio de su función, tutela al legislador durante *toda su vida*, esto es, aun habiendo concluido su mandato. Despierta, no obstante, varios interrogantes.

a) Como pauta general para interpretar el art. 68, la Corte Suprema ha dicho que ella 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 ("Martínez Casas", *Fallos*, 248:462).

b) La protección contemplada por el mentado art. 68, no es *geográfica*, sino *institucional*. Dicho de otro modo, no sólo ampara al legislador por lo que diga en el *recinto* legislativo, sino en cualquier otro lugar, pero en tanto y en cuanto esté actuando funcionalmente (de modo *concreto*, apunta Bidart Campos).

En "Rivas" (*Fallos*, 328:1893), la Corte volvió a insistir en el carácter amplio de la cobertura que brinda a los legisladores el art. 68 de la Const. nacional, entendiendo que las críticas que formulara uno de ellos en un reportaje radial, pero fuera del recinto parlamentario, de todos modos, guardaban conexión con su función parlamentaria, y que acreditada en el caso esta circunstancia, merecían ser protegidas por aquel precepto.

c) La tutela del art. 68 no obsta a que las cámaras, en razón del art. 66 de la Const. nacional, puedan (y deban) "corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral".

Sin embargo, es doctrina de la Corte Suprema que, aun destituido el legislador por la cámara en razón de la impropiedad de sus manifestaciones, no es factible el enjuiciamiento penal por lo dicho ("Martínez Casas", *Fallos*, 248:462).

Aparte de todo lo dicho, cabe observar que el art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica explicita que "toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad"; y más tarde reconoce al afectado en "su honra y reputación" la protección de la ley. Cabe preguntarse si en estas hipótesis no existe una tutela supranacional en favor del particular perjudicado por las opiniones y discursos de un legislador, a pesar de lo indicado por el art. 68 de la Const. nacional.

Sin embargo, los operadores de la Constitución persisten en darle al art. 68 un sentido absoluto de indemnidad para los legisladores. El art. 5° de la ley 25.320 determina, por ejemplo, que cualquier solicitud de desafuero fundada en los hechos descriptos por el art. 68 de la Const. nacional será rechazada *in limine* por la Cámara respectiva, y la Corte Suprema reputó la prerrogativa de referencia como amplia y absoluta, porque era preferible tolerar algún exceso de un legislador antes de que resulte presionada o entorpecida la actividad del Poder Legislativo ("Cossio", *Fallos*, 327:138).

§ 482. ***Inmunidad de arresto. Regla general.*** – El art. 69 de la Const. nacional determina: "Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho".

La Constitución establece una *regla* y una *excepción*.

En principio, ningún legislador puede ser *arrestado*. Ha dicho la Corte Suprema que la Constitución impide, pues, actos de *coerción personal*, esto es, medidas que violen la *libertad ambulatoria* del diputado o senador ("Cuervo", *Fallos*, 308:2091).

Según el alto tribunal, desde el caso "Alem", la exención de arresto del legislador rige aun durante el estado de sitio (*Fallos*, 54:434). Esto es así porque, al contrario, el Poder Ejecutivo podría, en la situación de emergencia, afectar la independencia del Congreso mediante la detención de los legisladores.

La inmunidad dura *hasta el cese* del cargo parlamentario, por renuncia aceptada, destitución, conclusión del período, etcétera. Si un juez dispone un arresto (o medida equivalente) durante el mandato del legislador, pero la medida recién se va a efectivizar una vez concluido aquél, tal orden es válida, ha dicho la Corte Suprema ("Cuervo", *Fallos*, 308:2091).

§ 483. ***Excepciones.*** – La inmunidad de arresto del legislador es *relativa*, ya que no rige cuando es sorprendido in fraganti en la comisión de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante o aflictiva.

La norma constitucional provoca ciertas dificultades. En primer término, cabe dirimir si sólo trata el caso de in fraganti, en sentido estricto (o sea, cuando el legislador es aprehendido en el momento de cometer el delito), o también de *cuasi in fraganti* (inmediatamente después de perpetrar el acto ilícito; p.ej., cuando huye, o cuando existen evidencias que hacen presumir que termina de consumarlo). Como se trata de una excepción a una regla, cabe concluir que sólo es factible arrestar tomando el concepto de in fraganti en sentido estricto.

El art. 69 de la Const. nacional se refiere al "crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva". Al momento de ser dictada nuestra ley suprema existía la diferencia entre crímenes, delitos y contravenciones, y los primeros eran las figuras penales más graves; de ahí que simples delitos o contravenciones no autoricen el arresto que tratamos.

§ 484. ***Comunicación judicial a la Cámara.*** – En la hipótesis en que es factible arrestar a un legislador, se deberá dar cuenta

"a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho" (art. 69, Const. nacional).

¿Cuál es el objeto de ese aviso? Además de un acto de *notificación*, permite a la Cámara que corresponda adoptar ciertas medidas.

a) Si expresamente decide *desaforar* (quitarle su prerrogativa) al diputado o senador, éste quedará a disposición del juez penal respectivo.

b) Si explícitamente resuelve no desaforarlo, recuperará su libertad y no será factible por el momento proseguir con su detención, aunque sí será posible continuar con la causa, en tanto y en cuanto ello no importe afectar la libertad ambulatoria del legislador, según el derecho constitucional consuetudinario al cual mencionamos en el § 482. También será admisible la redetención cuando el legislador cese en su condición de tal.

La ley 25.320, promulgada en el año 2000, dispuso en su art. 3° que si un legislador es detenido en la hipótesis que tratamos, por aplicación del art. 69 de la Const. nacional, el tribunal pondrá inmediatamente en conocimiento del hecho a la sala correspondiente, quien en el término de diez días deberá sesionar, y decidir por los dos tercios de votos, si procede el desafuero, a tenor del art. 70 (§ 486).

La misma ley establece en el art. 4° que, si se rechaza el desafuero, "el tribunal declarará por auto que no puede proceder a la detención o mantenerla, continuando la causa según su estado. En cualquier caso regirá la suspensión del curso de la prescripción prevista en el art. 67 del Cód. Penal".

§ 485. ***Seudo exención de encausamiento.*** – El art. 70 de la Const. nacional dispone lo siguiente: "Cuando se forme querella por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento".

Una excepción es el arresto dispuesto por un órgano del Poder Judicial a un legislador, como sanción disciplinaria por incon-

ducta ante los tribunales. Según la Corte, la inmunidad legislativa no debe perjudicar el debido respeto al Poder Judicial, dentro de su jurisdicción ("Gascón", *Fallos*, 116:96).

En síntesis, el art. 70 de la Const. nacional *no* establece una dispensa de encausamiento, sino una exención de arresto, muy *relativa*, ya que no cubre las detenciones judiciales disciplinarias, puede ser allanada mediante el *desafuero*, y no opera en los supuestos de detenciones *en flagrante* delito, contempladas por el art. 69 de la Const. nacional.

La ley 25.320 ha dispuesto en su art. 1° que cuando por parte de un juez nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se abra una causa penal en la que se impute la comisión de un delito a un legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político, el tribunal competente seguirá adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión. El llamado a indagatoria no se considera medida restrictiva de la libertad, pero en el caso de que el legislador, funcionario o magistrado no concurriera a prestarla, el tribunal deberá solicitar su desafuero, remoción o juicio político. En el caso de dictarse alguna medida que vulnera la inmunidad de arresto, ella no se hará efectiva hasta tanto el legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político, no sea separado de su cargo. Sin perjuicio de ello, agrega la ley, "el proceso podrá seguir adelante hasta su total conclusión". Dispone asimismo el precepto, que el tribunal solicitará al órgano que corresponda el desafuero, remoción o juicio político, según sea el caso, acompañando al pedido las copias de las actuaciones labradas, expresando las razones que justifiquen la medida. No será obstáculo para que el legislador, funcionario o magistrado a quien se le imputara la comisión de un delito por el que se está instruyendo causa tenga derecho, aun cuando no hubiese sido indagado, a presentarse al tribunal, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, puedan serle útiles.

El mismo artículo concluye así: "No se podrá ordenar el allanamiento del domicilio particular o de las oficinas de los legisladores ni la intercepción de su correspondencia o comunicaciones telefónicas sin la autorización de la respectiva Cámara".

En su parte final, el art. 1° de la ley 25.320 incluye un inexplicable privilegio para los legisladores: el juez penal, aunque no

arrestare al legislador, no está habilitado para allanar su domicilio particular o su oficina parlamentaria, ni para interceptar su correspondencia o teléfonos sin autorización de la Cámara del caso, pero –a contrario sensu– no se establece la misma inmunidad para, por ejemplo, el presidente de la Nación o los jueces de la Corte Suprema.

§ 486. ***Desafuero.*** – Conforme al art. 70 de la Const. nacional consiste en la suspensión (por la Cámara respectiva) de un legislador, y su puesta a disposición del juez competente para su juzgamiento. Para la Corte Suprema, el propósito de la norma es conciliar la independencia funcional de los legisladores con la actuación del Poder Judicial de reprimir delitos.

Debe adoptarse el desafuero una vez "examinado el mérito del sumario (judicial) en juicio público", y con los dos tercios de votos de la sala respectiva; a falta de otra indicación, pensamos que de los miembros presentes ("Balbín", *Fallos*, 217: 122). La expresión *juicio público* da a entender que aquí la Cámara está actuando como órgano de la magistratura constitucional, y que se deben respetar los principios básicos del debido proceso.

La ley 25.320 ha regulado parte del trámite de desafuero: la solicitud judicial debe ser girada "de manera inmediata" a la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara respectiva, que deberá dictaminar en sesenta días. La Cámara tiene que tratar la causa dentro de los ciento ochenta días de ingresada la petición judicial de desafuero, aun cuando no exista dictamen de comisión. No aclara la ley qué ocurre si media silencio de la Cámara, lo que configura una genuina inconstitucionalidad por omisión. Tal infracción a la Constitución podría ser entendida, en virtud del principio de responsabilidad de los gobernantes y de no ser razonable que implique impunidad para el acusado, como silencio que importa conformidad con lo requerido por el juez, llenándose así la laguna ahora existente, por vía de integración (§ 57).

§ 487. ***Naturaleza y efectos del desafuero.*** – Estudiaremos ambos aspectos, recordando que en el caso "Ricardo Balbín", la Corte Suprema (*Fallos*, 217:122) abordó interesantes puntos referidos a estos temas.

a) Para el alto tribunal, el desafuero de legisladores es una medida de índole *política* (no judicial) que se desenvuelve sobre la base de *apreciaciones políticas*, actuando la Cámara como *juez político*. En tal quehacer, se circunscribe a "apreciar la seriedad de la imputación".

Cabe observar que esta *politicidad* del razonamiento de la Cámara no se debe entender como evaluación *partidista* de los hechos que motivan el pedido de desafuero. De haber arbitrariedad en el razonamiento de la Cámara, la decisión sería inconstitucional.

b) El pronunciamiento de desafuero, agrega la Corte Suprema, no es un prejuzgamiento sobre la inocencia o culpabilidad del legislador. Se trata sólo de una habilitación de la instancia judicial, para que sea el magistrado del Poder Judicial quien investigue y decida sobre la posible comisión de un hecho ilícito.

c) Si después de haber sido desaforado la justicia absuelve al legislador, éste se reincorpora a su Cámara. Si es condenado, la sentencia judicial definitiva importa su separación del Congreso.

d) Cuando el legislador está desaforado, puede ser judicialmente encausado por otros hechos diferentes de aquellos por los que fue suspendido por la Cámara. Operado el desafuero, rige el principio de igualdad de los habitantes ante la ley (art. 16, Const. nacional).

§ 488. ***Renuncia a los fueros parlamentarios.*** – ¿Es constitucionalmente válido que un legislador abdique de sus prerrogativas y se someta a un juicio penal, o acepte continuar arrestado, sin mediar desafuero de su Cámara?

En "Ramos" (*JA*, 1997-IV-559), la Corte Suprema admitió que un legislador nacional puede renunciar a sus fueros a los fines de prestar declaración indagatoria ante un juez.

Cabe subrayar que, por resolución de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la Nación, no se hizo lugar a un requerimiento judicial de desafuero del legislador Aníbal Reinaldo, citado a prestar declaración indagatoria, por cuanto él mismo manifestó su voluntad de someterse al

procedimiento judicial, y no existía en ese momento resolución del tribunal que dispusiese su arresto o su prisión preventiva.

Hemos visto (§ 485) que el art. 1° de la ley 25.320 le permite al legislador someterse a prestar declaración indagatoria y que tal acto no se considera medida restrictiva de la libertad, pero que si el juez dispone su arresto, previamente debe ser desaforado.

§ 489. ***El caso de los legisladores provinciales.*** – Se discute si los miembros de un poder legislativo provincial (y la pregunta bien se puede extender a los gobernadores, vicegobernadores y jueces de provincia) gozan en el ámbito nacional y en el de otras provincias de las inmunidades y prerrogativas que les reconoce su propio texto constitucional.

En "Tabanera", el alto tribunal (*Fallos*, 119:291) puntualizó que los privilegios e inmunidades provinciales no tienen valor fuera de las fronteras de la provincia que los ha reconocido. Pero más tarde ("Botto y otro", *Fallos*, 252:184), dijo que los privilegios consagrados por una provincia a sus legisladores, jueces y gobernadores deben ser reconocidos por los jueces federales en el territorio provincial respectivo.

§ 490. ***Extensión de las inmunidades parlamentarias a los concejeros municipales.*** – Ciertas constituciones provinciales, y algunas leyes locales, confieren a los miembros de los concejos deliberantes inmunidades parecidas a las que tienen los legisladores nacionales. Así, el art. 235 de la Const. de Río Negro dispone que no pueden ser molestados, acusados ni interrogados judicialmente por las opiniones o votos que emitan en el desempeño de su mandato. Sin embargo, aclara a continuación que ello es sin perjuicio de las acciones que se inicien concluido dicho mandato o producido el desafuero.

Estos significativos beneficios, no contemplados por la Constitución nacional, no pueden válidamente extenderse a otras personas, ya que suspenden (y en ciertos casos excluyen) la aplicación de la legislación penal y civil nacional, violando el principio constitucional federal de igualdad (art. 16).

§ 491. ***Garantías corporativas. Poder reglamentario.*** – El art. 66 de la Const. nacional determina que cada Cámara hará su

reglamento. Bidart Campos lo llama el *estatuto interno* de cada sala y, desde luego, es un documento muy significativo en cuanto regula la actuación de las salas del Congreso.

El reglamento vigente de la Cámara de Diputados principia por las sesiones preparatorias, dedica el cap. II a los diputados, el III a las sesiones en general, y el IV al presidente. Sucesivos capítulos tratan de los secretarios, taquígrafos, bloques, comisión de labor parlamentaria, comisiones de asesoramiento, presentación de proyectos, su tramitación, las mociones, el orden de la palabra, la discusión en Cámara, en comisión, en sesión, en general y en particular, el orden de las sesiones, las interrupciones y llamamientos a la cuestión y al orden, las votaciones, los informes y asistencia de ministros y secretarios de Estado, empleados y policía de la casa, observancia y reforma del reglamento. Tiene doscientos veintinueve artículos, y las dudas sobre su interpretación las decide la Cámara por votación (art. 228).

El actual reglamento del Senado, texto aprobado en 2002, con modificaciones posteriores, tiene un contenido relativamente similar, y cuenta con doscientos veintinueve artículos. Se complementa con el reglamento para el juicio político.

§ 492. ***Poder disciplinario.*** – Ya se ha considerado el poder disciplinario de las salas del Congreso sobre sus propios miembros (ver § 469 y 470).

También los reglamentos internos de cada Cámara reprimen los desórdenes que terceros provoquen en el recinto, incluso, dando competencias al presidente del cuerpo para desalojar a la barra haciendo uso de la fuerza pública (art. 220, regl. del Senado, y art. 220, regl. Cámara de Diputados). El art. 216 del regl. del Senado le habilita a la Cámara a imponer arresto de hasta setenta y dos horas a quien "obstaculizara o impidiera a los miembros de la Cámara el ejercicio de su actividad parlamentaria".

Dos problemas, sin embargo, preocupan mayormente a la doctrina.

a) *Castigo parlamentario de conductas penalizadas legalmente.* Si un hecho ofensivo para el Congreso importa un delito, y debe ser discernido por la judicatura, ¿es factible que al mismo tiempo la sala afectada pueda reprimirlo disciplinariamente? En el derecho estadounidense la respuesta es positiva (Bidegain). En la experiencia argentina hay casos donde así ha ocurrido, por ejemplo, en la Cámara de Diputados ("Díaz y otro", *LL*, 28-84); aunque en "Eliseo Acevedo", la Corte Suprema siguió la doctrina opuesta, negando al Senado facultad para sancionar a alguien que debía ser juzgado por el Poder Judicial (*Fallos*, 28:406).

Tratándose de dos ámbitos distintos –el disciplinario y el penal– cabe dar respuesta afirmativa al interrogante que tratamos siempre que la medida de la Cámara del Congreso sea fundada y bajo control judicial (v.gr., por el hábeas corpus; ver § 307).

A su vez, en "Peláez" (*ED*, 166-91), la Corte Suprema, con buena doctrina, reputó justiciable el arresto dispuesto por el Senado a un particular que llamó traidores –en dos solicitadas publicadas por la prensa– a dos miembros de la Cámara alta. Sobre el fondo del asunto, entendió que los eventuales poderes implícitos de la sala para detener solamente serían viables cuando mediare por el ofensor entorpecimiento u obstrucción a la actuación de una Cámara, cosa que no ocurría en este caso, sin perjuicio de las competencias judiciales para averiguar la comisión de un delito.

b) *Castigo parlamentario de conductas no penalizadas legalmente.* Esta facultad es negada por una calificada doctrina (Bidart Campos) al entender que sin ley no es posible aplicar sanciones de tipo correctivo. Sin embargo, en "Lino de la Torre" (*Fallos*, 19:231), la Corte Suprema pensó que había una *facultad implícita* en cada cuerpo legislativo para mantener su propia autoridad respecto de ofensas contra él, no contempladas por la ley penal.

§ 493. ***Facultades de información. Las "interpelaciones".*** El art. 71 de la Const. nacional señala: "Cada una de las cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes".

En nuestra jerga parlamentaria se llama a eso *interpelación*, aunque en rigor de verdad esa denominación resulta impropia. Las interpelaciones, típicas de los sistemas parlamentaristas, significan también un requerimiento de informes a los miembros del gabinete, pero tienen como objeto eventual, después de oídos los ministros, formular *votos de confianza* o de *censura* que importan,

en uno u otro caso, la continuidad o la conclusión de los ministros. Al contrario, en la Argentina, esas votaciones, aprobaciones o rechazos, aunque se den, carecen de eficacia jurídica. Habitualmente, por lo demás, no se realizan, concluyendo la reunión con el informe del ministro citado.

Las interpelaciones del art. 71 de la Const. nacional están reguladas por los reglamentos de las cámaras.

Si un ministro se niega a concurrir pese a ser debidamente citado, o elude con subterfugios la convocatoria, el Congreso no puede traerlo *manu militari*, por estar amparado en su libertad física, al ser sólo enjuiciable mediante el juicio político (tal es la interpretación dada a los arts. 53 y 60, Const. nacional). Desde luego, el Congreso podría removerlo por este trámite, pero ello nunca ha ocurrido en la práctica argentina.

La reforma de 1994 previó una *interpelación* específica para el jefe de Gabinete de Ministros, "a los efectos del tratamiento de una moción de censura". Para convocarlo a esos fines, se requiere el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cualquiera de las salas del Congreso (art. 101, Const. nacional). También contempló la reforma la concurrencia mensual de dicho jefe de Gabinete de Ministros al Congreso "para informar sobre la marcha del gobierno" (ver § 553).

§ 494. ***Requerimientos de informes.*** – Una facultad del Congreso es la de requerir informes al Poder Ejecutivo. El tema no estaba tratado explícitamente antes de la reforma de 1994. Ésta dispuso (art. 100, inc. 11) que corresponde al jefe del Gabinete de Ministros "producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las cámaras solicite al Poder Ejecutivo".

Cabe preguntarse también si las cámaras pueden requerir informes a órganos del Poder Judicial. Tratándose de fines específicos del Congreso (legislación en materia procesal o de fondo, u orgánica de tribunales, juicio político, etc.), la respuesta es igualmente afirmativa, aunque por razones de protocolo y de respeto al principio de división de poderes, debieran tramitarse por medio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cabeza del Poder Judicial federal (en tal sentido, ver "Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados", año 1992, p. 1100 y 1101).

En la práctica local muchos informes requeridos por el Congreso al Poder Ejecutivo concluyen sin respuesta o reciben una contestación tardía. La ley 24.157 fijó plazos al respecto, pero fue vetada por el Poder Ejecutivo mediante decr. 1974/92.

§ 495. ***Comisiones investigadoras.*** – En el derecho consuetudinario constitucional ha sido frecuente la creación de comisiones investigadoras en cada Cámara, o en su caso, bicamerales. Estas comisiones especiales son posibilitadas por los reglamentos de ambos cuerpos (arts. 85 y 87, regl. Senado; arts. 104 y 106, regl. Cámara de Diputados), que establecen sus competencias y facultades.

Obvio es que estas comisiones no debieran tener por meta aclarar delitos, porque esa tarea es propia del Poder Judicial. Su misión específica debe ceñirse a las tareas legisferantes, de control, jurisdiccionales y electivas propias del Congreso, según la Constitución nacional.

En el ámbito judicial se las ha juzgado implícitamente aceptadas por el art. 75, inc. 32, de la Const. nacional, con amplios poderes de información y para compeler a fin de obtener los datos requeridos (CNContAdmFed, 22/1/76, "Cruzada de la Solidaridad", *ED*, 66-335).

Estas comisiones suscitan dos problemas constitucionales importantes.

a) *Invasión de otros poderes.* ¿En qué medida puede una comisión del Congreso revisar la actuación del Poder Ejecutivo o del Judicial? En 1975, la presidenta de la Nación manifestó a la Cámara de Diputados que no admitía una investigación sobre el manejo de fondos del Ministerio de Bienestar Social y de la Cruzada de Solidaridad (Bidegain).

Al negarse un poder del Estado a aceptar la operatividad de una comisión parlamentaria, se produce un caso de *conflicto de poderes* que deberá ser resuelto por la Corte Suprema (ver § 637; art. 24, inc. 7°, decr. ley 1285/58).

b) *Derechos de particulares.* Las comisiones investigadoras del Congreso han contado con competencias otorgadas por las cámaras, que han incluido la incautación de documentación, alla-

namiento de domicilios, clausura de locales, etcétera. Esto ha provocado una discusión sobre la constitucionalidad de tales facultades.

El art. 18 de la Const. nacional determina: "El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación". Sin ley, por ende, una comisión investigadora no puede allanar domicilios e incautarse de documentación (en tal sentido, ver CNCrimCorrFed, Sala II, "F., C. H.", *ED*, 111-329), para lo cual se debe requerir necesariamente una orden judicial (Bidegain, Bidart Campos, Badeni).

En cambio, la justicia ha reconocido facultades a estas comisiones para citar compulsivamente a declarar a testigos (CNCrim CorrFed, "Fernández Suárez", *LL*, 94-614, e ídem, "Mendola", *LL*, 95-488).

§ 496. ***Juzgamiento sobre la validez de los títulos de sus miembros y aceptación de sus renuncias.*** – Esta facultad de cada Cámara (arts. 64 y 66, Const. nacional) importa también un elemento significativo para afianzar la independencia operativa del Congreso. Nos remitimos al § 465, donde tratamos el tema.

B) Actuación

§ 497. ***Los tiempos. Años legislativos.*** – Según la práctica argentina, se denomina *año legislativo* al que principia el 1° de marzo de cada año calendario. El primer año legislativo fue el de 1863; no se cuentan los habidos durante la Confederación Argentina a partir de 1853, ni aquellos en los que hubo regímenes de facto. Así, por ejemplo, 1996 ha sido el año del centésimo quinto Congreso.

§ 498. ***Sesiones. Tipos.*** – Existen distintos modos de actuar por parte del Congreso. La forma más común es por medio de *sesiones*, que son de diversas clases.

a) *Preparatorias.* Están previstas por los reglamentos de las cámaras, según vimos (art. 1° y ss., regl. Cámara de Diputados; art. 1° y ss., regl. Senado).

Son sesiones anteriores al período ordinario. Curiosamente, no han planteado dudas sobre su constitucionalidad, y forman parte del derecho consuetudinario vigente, pese a que, de hecho, son sesiones extraordinarias no convocadas por el presidente.

El objeto de estas sesiones previas es incorporar a los legisladores electos (ver § 467 y ss.) y elegir las autoridades de cada Cámara. También se fijan allí los días y horas normales de sesión (arts. 1° y 30, regl. Cámara de Diputados, y art. 1°, regl. Senado).

b) *Ordinarias.* Así llamadas por el art. 63 de la Const. nacional, son las que se deben realizar "todos los años desde el 1° de marzo hasta el 30 de noviembre" (período ampliado por la reforma de 1994).

En ciertos casos, y ante el vencimiento del período parlamentario, se han aprobado en las últimas sesiones una cantidad alarmante de leyes, y hasta se corrigieron los relojes de las cámaras para poder aprobarlas, antes de que aquéllos marcasen la hora final de actividad.

El art. 99, inc. 8, de la Const. nacional determina que la apertura anual de las sesiones del Congreso las hace el presidente de la República, "reunidas al efecto ambas cámaras, dando cuenta en esta ocasión del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes".

Durante las sesiones ordinarias, la agenda de trabajo del Congreso es amplia, y no existen asuntos de su competencia que no pueda válidamente considerar.

c) *Extraordinarias.* El art. 63 de la Const. nacional añade, después de mencionar a las sesiones ordinarias de las cámaras, que éstas "pueden también ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la Nación o prorrogadas sus sesiones". El art. 99, inc. 9, prescribe que el presidente "prorroga las sesiones ordinarias del Congreso, o lo convoca a sesiones extraordinarias, cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera".

Interesa apuntar que, por derecho consuetudinario, el Congreso ha aceptado que en las sesiones extraordinarias se traten únicamente los temas para los cuales fue convocado por el Poder Ejecutivo.

En diferentes ocasiones, y encontrándose en sesiones extraordinarias, el Congreso ha sostenido que puede adoptar decisiones no legislativas; así, la Cámara de Diputados designó una comisión investigadora en 1912 y 1921; sancionó a uno de sus miembros por injuria al presidente de la Nación en 1949; interpeló a un ministro, aunque éste no haya concurrido alegando falta de competencias de la sala para hacerlo (Bidegain).

d) *De prórroga.* Están aludidas, igual que las extraordinarias, por los arts. 63 y 99, inc. 9, de la Const. nacional. El primero, relativo al Congreso, puntualiza que pueden también ser prorrogadas sus sesiones. El segundo indica que, entre las facultades presidenciales, está la de prorrogar las sesiones ordinarias del Congreso.

En cuanto a la índole de materias que está facultado para tratar el Congreso durante el período de prórroga (cuya duración puede fijar o no el presidente de la Nación, aunque en la práctica es usual que lo delimite), la praxis ha señalado que el Congreso está habilitado plenamente para ejercer cualquiera de sus competencias constitucionales.

§ 499. ***Receso parlamentario.*** – Pese a ser un tema importante, dado que la Constitución nacional se refiere a él en varias oportunidades (arts. 75, inc. 29, y 99, incs. 16, 18 y 19), no existe un concepto claro de la palabra *receso*.

a) Una tesis, de tipo amplio, llama *receso* al período comprendido ahora entre el 1° de diciembre y el último día de febrero, esto es, el lapso ajeno al período ordinario de sesiones; aquí se da al término *receso* un sentido *cronológico* puro (Chiappini).

b) Otra postura ciñe la idea de *receso* a cuando el Congreso no se encuentra en funcionamiento, es decir, cuando no se halla en sesiones ordinarias, extraordinarias o de prórroga (Bielsa, Ekmekdjian, Bidart Campos). Aquí, la voz *receso* tiene un sentido *funcional*, y resulta la acepción preferible, dado que si se está en sesiones, no parece existir *receso*.

Para esta tesis, no está claro si el período de sesiones preparatorias se sitúa o no dentro del *receso* del Congreso.

§ 500. ***Simultaneidad.*** – El art. 65 de la Const. nacional estatuye que "ambas cámaras empiezan y concluyen sus sesiones simultáneamente. Ninguna de ellas, mientras se hallen reunidas, podrá suspender sus sesiones más de tres días, sin el consentimiento de la otra".

Esta regla tiende a afianzar la funcionalidad del sistema bicameral: las cámaras son autónomas e iguales entre sí, pero forman parte de un solo órgano legislativo. Bueno es, entonces, que operen al mismo tiempo, y no en períodos distintos.

§ 501. ***Formas. Publicidad.*** – Los reglamentos de ambas cámaras disponen que sus sesiones son públicas, pero que pueden ser secretas, normalmente por resolución de cada sala (arts. 31 y 32, regl. Cámara de Diputados, y art. 18, regl. Senado).

Las sesiones secretas violan el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno (art. 1°, Const. nacional). Son, pues, formalmente inconstitucionales, aunque están permitidas por el derecho consuetudinario constitucional local.

§ 502. ***Quórum. Clases.*** – Esta palabra quiere decir "de los que" o "de los cuales" y refiere al número de individuos necesarios para que un cuerpo deliberante tome ciertos acuerdos. Con referencia al derecho parlamentario, tiene tres acepciones.

a) *Para iniciar una sesión.* Según el art. 64 de la Const. nacional, es normalmente "la mayoría absoluta" de los miembros de cada Cámara. En la práctica, en el Senado, esa mayoría absoluta se computa sobre los integrantes totales del cuerpo (art. 16, regl. del Senado). Habría que descontar a quienes se encuentran en uso de licencia; o han renunciado o han sido destituidos y todavía no se ha cubierto la vacante, pero no ocurre así en la experiencia local.

Por su parte, Bidart Campos juzga que la "mayoría absoluta" de una Cámara es "más de la mitad" (p.ej., sobre 101 sería 51) y no "la mitad más uno" (que también sobre 101 sería 52, ya que la mitad de 101 no puede físicamente ser 51 legisladores y medio). El

reglamento de la Cámara de Diputados, en cambio, dispone (art. 15) que el quórum se forma con "la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros, entendiéndose como tal cuando los miembros presentes superen a los miembros ausentes".

b) *Para sesionar.* Después de comenzada la reunión, la praxis local admite que el número inicial del quórum se quiebre y pueda proseguir la deliberación con menos congresales.

c) *Para resolver.* Según el derecho local, vuelve a exigirse en ese momento el quórum para iniciar la sesión. Si no se obtiene, ésta no dará comienzo, y no se votará.

En ciertos casos, el quórum se ha bastardeado al ocupar empleados del Congreso o personas ajenas a la Cámara el sitial de algunos legisladores y luego votar (Verbitsky). Tal vez el caso más célebre fue en 1992, llamado vulgarmente caso del "diputrucho", cuando una persona de apellido Kenan ocupó una banca en la sesión de la Cámara de Diputados donde se había aprobado, con quórum aparentemente estricto, un proyecto de ley de privatización de Gas del Estado. La Cámara, el 2 de abril de ese año, resolvió "dejar sin efecto la votación realizada en la sesión del día 26 de marzo", y "condenar enérgicamente el hecho de que un sujeto ajeno a este cuerpo se hubiese sentado en una banca" ("Diario de Sesiones", 1992, p. 6531 y 6535).

§ 503. ***Quórum y mayoría para decidir.*** – Ocasionalmente la Constitución nacional demanda una mayoría especial para decidir en ciertos temas. Cabe preguntarse si esto incide en el quórum del caso, y viceversa. Veamos seguidamente aquellos supuestos constitucionales.

a) *Dos tercios de votos.* Son necesarios: *1*) para declarar la necesidad de reformarla (art. 30, Const. nacional); hemos visto (ver § 411) que la doctrina discute si esa mayoría calificada debe computarse sobre los miembros presentes (según la práctica algunas veces seguida), o sobre el total de miembros de la Cámara; *2*) para que la Cámara de Diputados acuse, y el Senado condene, en el juicio político (en ambos casos, arts. 53 y 59, la Constitución habla de "miembros presentes"); *3*) para corregir una Cámara a cualquiera de sus miembros, removerlo o excluirlo (art. 66, Const. nacional); aquí no se dice si se trata de miembros presentes o del total de la sala; el punto es discutido, aunque nos inclinamos por la primera alternativa, en tren de flexibilizar el funcionamiento del Congreso; *4*) para que la Cámara de origen de un proyecto de ley insista en su redacción primitiva "con el voto de las dos terceras partes de los presentes", si aquel proyecto sufrió adiciones o correcciones –con dos tercios– por la Cámara revisora, cuando lo recibió de la sala de origen (art. 81, Const. nacional); *5*) para que la Cámara revisora pueda introducir modificaciones al proyecto inicial de la Cámara de origen de tal modo que, para superar esas enmiendas, la sala de origen tenga que reunir los dos tercios mencionados en el punto *4* (art. 81, Const. nacional); *6*) para que el Senado dé acuerdo a la designación de un juez de la Corte Suprema se requieren los dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto (art. 99, inc. 4, Const. nacional); *7*) los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada Cámara son requeridos para denunciar alguno de los tratados sobre derechos humanos declarados con rango constitucional según el art. 75, inc. 22, de la Const. nacional, o para darle a otros de esa índole tal jerarquía en el futuro; *8*) para que una sala prive de sus fueros a uno de sus miembros, a fin de proceder a su juzgamiento judicial (según el art. 70, Const. nacional: "dos tercios de votos"), y *9*) para que cada sala supere el veto del presidente a un proyecto de ley sancionado por el Congreso (según el art. 83, Const. nacional: "mayoría de dos tercios de votos").

b) *Mayoría absoluta (mitad más uno).* Se exige: *1*) a cada sala para decidir las renuncias de sus miembros (según el art. 66, Const. nacional: "mayoría de uno sobre la mitad de los presentes"); *2*) para que la Cámara revisora de un proyecto de ley, pueda enmendar el proyecto que le remite la Cámara de origen (mayoría absoluta de los presentes: art. 81, Const. nacional); *3*) para que la Cámara de origen insista en su texto primitivo, si la revisora lo corrigió solamente con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros presentes (art. 81, Const. nacional); *4*) para que cada Cámara apruebe proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos (en tal caso, se requiere la mayoría absoluta del total de los miembros de cada sala: art. 77, párr. 2°, Const. nacional, se-

gún ley 24.430); *5*) también, con mayoría absoluta del total de los miembros de cada sala, para sancionar la ley especial que regule el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento (arts. 114 y 115, Const. nacional); *6*) la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara es igualmente exigida para dictar la ley reglamentaria de la consulta popular (art. 40, Const. nacional), de la iniciativa popular de leyes (art. 39, Const. nacional), del trámite de los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3, Const. nacional), la que organice la Auditoría General de la Nación (art. 85, Const. nacional) y la ley convenio en materia de coparticipación de tributos directos, acordada entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires (art. 75, inc. 2, Const. nacional), así como la ley de asignaciones específicas de recursos coparticipables (art. 75, inc. 3, Const. nacional); *7*) para que una Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, pueda delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, todo ello con el voto de la mayoría absoluta del total de los miembros de esa Cámara (art. 79, Const. nacional); *8*) similar mayoría absoluta del total de los miembros de cada Cámara se exige para la aprobación de tratados de integración con países latinoamericanos que deleguen competencias y jurisdicción a organismos supranacionales (si se trata de otros Estados, tal mayoría es requerida primero para declarar la conveniencia de la aprobación del tratado, y después para su aprobación definitiva, a partir de ciento veinte días más adelante –art. 75, inc. 24–, la mayoría absoluta se demanda también para la denuncia de tales tratados), y *9*) la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de una Cámara es requerida para interpelar al jefe de Gabinete de Ministros y la misma mayoría de las dos salas para removerlo (art. 101).

En resumen, el quórum para deliberar es un concepto distinto de la *mayoría para decidir.*

§ 504. ***Derecho de compeler.*** – El art. 64 *in fine* de la Const. nacional dispone que ninguna Cámara podrá sesionar "sin la mayoría absoluta de sus miembros; pero un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá". El objeto del precepto es hacer funcionar el Congreso, ya que la

inconcurrencia a las sesiones es, en principio, una actitud que impide la operatividad del Poder Legislativo.

Tal *derecho a compeler* (incluso por la fuerza pública) no ha sido casi utilizado en nuestra experiencia jurídica. Uno de los casos más debatidos fue en ocasión de la federalización de la ciudad de Buenos Aires, cuando constituida la minoría (treinta y siete miembros) de la Cámara de Diputados en la localidad de Belgrano, citó al resto de la sala a sesionar allí y, ante su incomparecencia, resolvió la cesantía de los ausentes (41), entre los que se encontraba Juan B. Alberdi, el 24 de septiembre de 1880.

§ 505. ***Trabajo parlamentario: despacho de comisión, mociones, discusión, aprobación. Reglamentos de ambas cámaras.*** – En principio, según los reglamentos de ambas cámaras, todo proyecto es remitido a la comisión respectiva (arts. 123 y 125, Diputados; arts. 133 y 138, Senado). Los proyectos no se pueden retirar sin consentimiento (art. 125, regl. Diputados, y art. 137, regl. Senado).

Las comisiones se expiden por mayoría o, en su caso, mayoría y minoría (o minorías), mediante "despachos de comisión" (art. 105, regl. Senado, y art. 112, regl. Diputados). Excepcionalmente una Cámara puede abordar un proyecto sin ese despacho, constituyéndose ella misma en comisión. Para eso se requieren los dos tercios de los votos emitidos, en Diputados (art. 134). En tal caso, se dice que el proyecto se trata *sobre tablas.*

Los reglamentos de las cámaras prevén los siguientes tipos de *mociones*:

a) *De orden.* Para levantar la sesión, pasar a cuarto intermedio, declaración de libre debate y de su cierre; pasar al orden del día; tratar una cuestión de privilegio; aplazar la consideración de un asunto pendiente; remitir un asunto a comisión o que la Cámara se constituya en comisión; para apartarse de las prescripciones del reglamento, etc., las cuales requieren distintas mayorías para su aprobación.

b) *De preferencia.* A fin de determinar la oportunidad o anticipar el tratamiento de un asunto.

c) *De tratamiento sobre tablas.* Para que determinado tema sea considerado de inmediato, tenga o no despacho de comisión.

d) *De reconsideración.* A fin de rever una sanción de la Cámara, sea en general o en particular, para lo cual es necesario contar con los dos tercios de los votos emitidos.

En el recinto de cada sala, todo proyecto es objeto de dos discusiones, una *en general* y la otra *en particular* (cada una de sus partes o artículos).

C) Productos del Congreso

§ 506. *La ley.* – El Congreso argentino desempeña varias tareas: sanciona leyes, formula declaraciones y resoluciones, controla, etcétera. La denominación de "Poder Legislativo" que la Constitución da al Congreso en el art. 44 deriva, precisamente, del importante, aunque no exclusivo, papel que éste cumple en el proceso de elaboración de las leyes (función *legisferante*).

En "Cocchia", la mayoría de la Corte Suprema concluyó que en la ley el legislador "expresa su voluntad, que es la voluntad soberana del pueblo" (*LL*, 1994-B-633, consid. 14), expresión que en muchos casos es solamente teatral, ya que a menudo el pueblo ignora qué es lo sancionado por el Congreso y en otros no aprueba lo hecho por él.

§ 507. *Proceso legislativo formal. Iniciativa.* – Generalmente se fracciona el proceso legisferante en cuatro etapas: *a*) iniciativa; *b*) sanción; *c*) promulgación (con publicación), y *d*) entrada en vigencia. La cuestión ha merecido una consideración bastante larga y compleja por parte de la Constitución (Parte Segunda, Tít. I, Secc. I, Cap. V: "De la formación y sanción de las leyes", que comprende los arts. 77 a 84).

En cuanto a la *iniciativa*, el art. 77 puntualiza: "Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución".

Tales excepciones son las de los arts. 39, 40, 52 y 75, incs. 2 y 19.

Concretamente, quienes pueden jurídicamente introducir proyectos son: el jefe de Estado, en cualquiera de las cámaras del Congreso (salvo las excepciones citadas); uno o varios miembros del Senado, y uno o varios legisladores de la Cámara de Diputados. Es discutible si al vicepresidente de la República y presidente del Senado (art. 57, Const. nacional), se lo puede reputar *miembro* de éste y, por tanto, habilitado para radicar allí proyectos de ley. Según nuestro derecho consuetudinario, no lo ha hecho.

Los proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo cuentan, según las prácticas locales, con un *mensaje*, y los de los legisladores, con *fundamentos* que justifican y fundamentan con razones la iniciativa.

Interesa averiguar cuál ha sido –últimamente– el porcentaje de leyes aprobadas por iniciativa de legisladores o del Poder Ejecutivo. Durante la administración del presidente Alfonsín, el 49,23% de las leyes estuvo originado en el Congreso, y el 50,77% en el Ejecutivo. En la gestión del presidente Menem –y hasta agosto de 1992– los porcentajes son del 54,95% y 45,05%, respectivamente.

Los particulares, así como cualquier entidad, órgano provincial, e incluso la misma Corte Suprema podrían (y de hecho, los dos primeros sí lo hacen) *presentar* ante cualquier Cámara proyectos de ley, basándose en el derecho a peticionar (art. 14, Const. nacional), pero ésta no debe darles trámite hasta que algún legislador (o el Poder Ejecutivo) lo asuma como suyo. Pero en la práctica se ha dado curso a tales propuestas (Ekmekdjian). Finalmente, el nuevo art. 39 de la Const. nacional posibilitó la iniciativa popular de leyes (ver § 434).

§ 508. *Función específica de la Cámara de Diputados.* – El art. 52 de la Const. nacional, según se anticipó, declara que la Cámara de Diputados tiene "exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas". En rigor de verdad, no es la Cámara quien tiene la iniciativa en esas materias, sino el presidente o un diputado. Lo que quiere decir el texto es

que el *tratamiento* de una iniciativa, en esos puntos, debe comenzar en la Cámara baja.

La norma tiene un origen ideológico de tipo histórico: como los diputados son, formalmente, los representantes del pueblo (art. 45, Const. nacional; los senadores, según el mismo precepto, representan a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires), es coherente que los sacrificios económicos y personales que se exijan a la comunidad sean primero considerados en la sala representativa de ésta.

La cláusula que comentamos provoca dos conflictos interpretativos. Uno es si el concepto de "leyes sobre contribuciones" abarca cualquier proyecto donde se traten temas tributarios, incluyendo casos de exención de impuestos, regímenes de promoción impositiva o desgravaciones.

La jurisprudencia norteamericana ha dicho que si el *objeto principal* de una iniciativa no es de tipo impositivo, y sólo incidentalmente crea recursos, puede iniciarse en el Senado ("United States v. Norton"; "Twin National Bank v. Nebeker", etcétera). Preferimos la interpretación inversa: toda norma sobre contribuciones tiene que iniciarse en Diputados.

Otro conflicto exegético versa sobre si el Senado, actuando no como Cámara de origen sino como revisora, puede introducir modificaciones a un proyecto de ley sobre contribuciones originado en Diputados. Parte de la doctrina (Linares Quintana) responde negativamente.

Sobre el punto, pensamos que el art. 52 sólo confiere un privilegio de iniciativa a Diputados, y que la facultad de adicionar o corregir que el art. 81 de la Const. nacional otorga a la Cámara revisora (en el caso, el Senado), permanece en pie. Una cosa es el derecho a comenzar el trámite, y otra el derecho a que no se lo pueda enmendar.

§ 509. ***La Cámara de Diputados en el proceso de sanción popular de leyes. Su iniciativa.*** – El art. 40 de la Const. nacional establece que "el Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley" (ver § 435). El texto es amplio, pero la última parte del mismo art. 40 advierte que el Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de

los miembros de cada Cámara, "reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular".

En concreto, el Congreso está habilitado para introducir, si lo desea, significativos recortes en este tema, como lo ha hecho al sancionar la ley 25.432, al excluir de esta materia proyectos de leyes cuyo proceso legisferante esté expresamente reglado por la Constitución mediante la determinación de la Cámara de origen o la exigencia de una mayoría calificada para aprobarlos (§ 435).

§ 510. ***Función específica del Senado.*** – La reforma de 1994 dio al Senado el carácter de sala de inicio de dos tipos de leyes: la ley convenio "sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias", en materia de coparticipación sobre contribuciones directas (art. 75, inc. 2), y en cuanto a las leyes sobre crecimiento armónico de la Nación, poblamiento de su territorio y políticas diferenciadas que tienden a equilibrar el desigual desarrollo relativo a provincias y regiones (art. 75, inc. 19, párr. 2°).

El derecho de iniciativa del Senado se fundó, según el miembro informante por la mayoría, con motivo de la ley convenio de coparticipación, en "la participación igualitaria de las provincias en ese cuerpo y su rol específico para el control del régimen federal" ("Diario de Sesiones", p. 3175, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5370).

§ 511. ***Proceso posterior. Trámite elemental.*** – Después de la etapa de *iniciativa*, el proceso legisferante puede asumir cuatro variables: *a*) trámite *elemental*; *b*) trámite *complejo en la etapa del Congreso*; *c*) trámite *complejo en la etapa presidencial*, y *d*) trámite *complejo mixto* (etapas parlamentaria y presidencial).

En el trámite *elemental*, el proyecto de ley es primero tratado por la sala donde se presentó, llamada *Cámara de origen*, que opera según el trámite de labor parlamentaria consignado precedentemente (ver § 507). Una vez aprobado, habitualmente se dice que logra *media sanción*.

El proyecto es posteriormente remitido a la *Cámara revisora*: "Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también ob-

tiene su aprobación, lo promulga como ley" (art. 78, Const. nacional).

En la Cámara revisora, el tratamiento de la iniciativa es semejante al de un proyecto original: pase a comisión, salvo que sea tratado sobre tablas; dictamen de comisión, debate y votación, primero en general y luego en particular. Cuando se aprueba sin observaciones el proyecto remitido por la Cámara de origen, éste cuenta ya con *sanción*, a tenor del art. 84 de la Const. nacional: "En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso..., decretan o sancionan con fuerza de ley".

En el ámbito del Poder Ejecutivo cabe diferenciar los siguientes aspectos:

a) La *aprobación* del proyecto de ley, o consentimiento presidencial a lo sancionado, que puede ser *tácito*, si no lo *veta* (dice el art. 80: "Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles"). A esto se llama corrientemente (aunque sea incorrecta la expresión) "promulgación tácita". La aprobación es *expresa* cuando el presidente emite directamente el decreto de promulgación.

b) La *promulgación*, acto que se traduce por decreto presidencial (art. 99, inc. 3°). El objeto de la promulgación es constatar la autenticidad del texto legal, comprobar su correcta tramitación y ordenar que se efectivice. Por eso, el decreto de promulgación incluye generalmente la voz "cúmplase".

No obstante, en nuestra experiencia local se ha practicado la "promulgación de hecho" (sic) que ocurre cuando la ley es publicada en el Boletín Oficial, sin mediar decreto de promulgación ni, obviamente, el "cúmplase" del Poder Ejecutivo. Esa promulgación de hecho se hace fundar en el art. 80 de la Const. nacional que, como vimos, alude a la *aprobación tácita* del proyecto de ley sancionado por el Congreso.

c) La *publicación* es el acto de comunicación de la ley al pueblo. Tradicionalmente la publicación era entendida como parte de la promulgación (*promulgare=pro vulgare*; *promulgatio=pro vulgo positio*). Posteriormente se han diferenciado estos conceptos, en el ámbito de parte de la doctrina y de nuestra jurisprudencia (CSJN, "Suárez", *Fallos*, 275:374).

La reforma de 1994 terminó por separar la promulgación de la publicación en el nuevo art. 99, inc. 3, al decir que el presidente de la Nación "participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar".

La publicación se realiza en el *Boletín Oficial* (ley 16.504), pero la ley puede disponer otros medios de difusión.

¿Qué ocurre si el presidente no publica una ley sancionada y promulgada? Nuestro derecho positivo constitucional no tiene una cláusula que contemple tal problema. Como la Constitución encomienda la publicación exclusivamente al presidente (art. 99, inc. 3), otro órgano no podría válidamente asumir tal función, y la omisión presidencial podría generar un juicio político.

Nuestra jurisprudencia consiente que una ley pueda regir desde su promulgación, antes que desde su publicación ("Suárez", *Fallos*, 275:374). Es una tesis incorrecta, ya que "la ley establecida, si no se da a conocer, no es ley" (Hobbes). Imponer la vigencia de una norma antes de su comunicación a la comunidad que debe obedecerla, es un absurdo.

§ 512. ***Delegación legislativa en comisiones.*** – Con la idea de acelerar el proceso legislativo en "una época en la que el Congreso debe dictar muchas leyes por año que deben durar poco tiempo" (convencional García Lema, miembro informante por la mayoría en la Convención de 1994, "Diario de Sesiones", p. 2219, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4887), la última reforma admitió que cada Cámara, después de aprobar en general un proyecto de ley, pudiese delegar en sus comisiones la aprobación en particular de ese proyecto, "con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros" (art. 79). Esta delegación puede dejarse sin efecto por decisión de la misma Cámara, con igual número de votos, y retomar el trámite ordinario. A su vez, la aprobación en comisión demanda el voto de la mayoría absoluta del total de sus integrantes. Aprobado el proyecto en comisión, se continúa con el trámite normal (art. 79).

La cláusula aludida autoriza, aparentemente, a que todo proyecto de ley sea derivado por una sala del Congreso (o por las dos) a una o más comisiones de ella (si fuesen más de una, cabe conjeturar que tendría que aprobarse en todas las comisiones delegadas).

Si se trata de un proyecto de ley que exige para su aprobación una mayoría calificada (p.ej., el art. 114, respecto del Consejo de la Magistratura, que debe ser sancionada "por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara"), el asunto no podrá ser resuelto por comisiones, sino por la sala en pleno, ya que la Constitución está demandando allí la actuación de todo el cuerpo.

La Cámara delegante puede retomar para sí el proyecto, otra vez por mayoría absoluta del total de sus legisladores. Sin embargo, como apunta Bidart Campos, si la comisión ya votó favorablemente la iniciativa, cabe entender que se produce una suerte de preclusión parlamentaria, y que lo bien aprobado, aprobado está.

§ 513. ***Trámite complejo en la etapa del Congreso. Controversia total.*** – La existencia de dos salas en el Congreso apunta, por cierto, a tener en cuenta dos voluntades que pueden contradecirse en todo o en parte.

El art. 81 de la Const. nacional establece que "ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año". La norma contempla dos posibilidades: que un proyecto sea rechazado en la Cámara de origen; o que, aprobado en ésta ("media sanción"), sea íntegramente desestimado por la Cámara revisora. Su interpretación presenta tres problemas principales.

a) Es discutido el concepto de *año* (¿año calendario o año legislativo?). La respuesta es difícil, y no está aclarada por la experiencia local. Una regla de interpretación constitucional es entender las palabras de la Constitución en el sentido normal y corriente en una comunidad; según ese criterio, y salvo que se explicite claramente otra cosa, *año* es el año calendario (como se alude en el art. 63 de la Const. nacional: "todos los años"), y no año legislativo.

b) Otro interrogante es determinar cuándo hay identidad entre dos proyectos parecidos, habiéndose desechado totalmente uno. Montes de Oca y Bidart Campos refieren al respecto dos parámetros de medición: coincidencia sustancial de *objetivos* y de *medios*. Tal criterio es compartible.

c) Algunos autores sostienen que la facultad de una Cámara de rechazar íntegramente un proyecto de la otra, sólo puede ejercerse una vez (Ekmekdjian, Bidart Campos), porque de lo contrario la Cámara revisora tendría un derecho de veto permanente sobre la de origen. Por nuestra parte, estimamos que el art. 81 no limita la posibilidad de rechazo total a una sola oportunidad, y que responde a la lógica del bicameralismo que si una sala no acepta un proyecto de ley, éste no se convierta nunca en derecho positivo.

§ 514. ***Controversia parcial.*** – El art. 81 de la Const. nacional contempla la hipótesis de contradicciones parciales entre las cámaras. Indica que cuando el proyecto de ley "fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora".

En síntesis, el actual art. 81 de la Const. nacional programa tres tramos en caso de una oposición parcial entre una Cámara y la otra: votación en la Cámara inicial, votación en la Cámara revisora y nueva votación en la Cámara de origen. Ello ha significado una sensible y positiva simplificación con relación al antiguo esquema del art. 71 de la Const. de 1853-1860. El proceso es el siguiente:

a) *Cámara de origen.* A ésta le corresponde votar el proyecto de ley.

b) *Cámara revisora.* Si formula adiciones o correcciones, debe establecerse claramente cómo lo hace: con más de dos tercios de

votos de sus miembros presentes o con menos (pero siempre con más de mayoría absoluta de legisladores presentes). El proyecto retorna a la Cámara inicial.

c) *Insistencia ante la Cámara de origen.* Cuando la Cámara revisora planteó sus modificaciones con los dos tercios de sus miembros presentes, la Cámara de origen, para triunfar con su propuesta primitiva, debe insistir con los dos tercios de votos de sus miembros presentes. En su defecto, el proyecto pasa al Poder Ejecutivo con las enmiendas de la Cámara revisora.

Para el supuesto de que la Cámara revisora haya realizado sus correcciones solamente con la mayoría absoluta de sus miembros presentes, basta que la de origen insista con igual mayoría absoluta para que el proyecto persista en su redacción original, o, si ella lo prefiere, para aceptar las modificaciones de la revisora.

En definitiva, la eventual oposición parcial entre una sala y otra se resuelve de esta manera: cuando las dos cámaras aprueban un proyecto de ley con mayoría absoluta de los presentes, vence el texto de la Cámara de origen. Si una Cámara lo vota con mayoría absoluta de los presentes y la otra con dos tercios de los legisladores presentes, triunfa esta última. Y si las dos salas aprueban la iniciativa con estos dos tercios, predomina el proyecto redactado por la de origen. Es dable advertir, entonces, la importancia que tiene el hecho de que una Cámara actúe como sala inicial.

Resta añadir dos prohibiciones constitucionales: la Cámara de origen no puede introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora (art. 81 *in fine*). Esto es acorde con el espíritu de simplificación que preside al nuevo art. 81: de no mediar la prohibición, tendría que correrse un nuevo traslado a la Cámara revisora, a fin de atender las nuevas modificaciones planteadas por la sala de origen, y que ninguna de las cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiese tenido origen en ella y que luego hubiese sido adicionado o corregido por la Cámara revisora (art. 81, párr. 2°). El propósito de esto es, explican Dromi y Menem, impedir que una Cámara que asumió la responsabilidad institucional de iniciar el tratamiento de una ley, pueda después hacerla abortar.

§ 515. ***Exclusión de la sanción tácita.*** – Una norma específica, el nuevo art. 82 de la Const. nacional, dice que "la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta".

Esta regla está insertada en el capítulo constitucional relativo a la formación y sanción de las leyes. Extraña su inclusión, en verdad, ya que si la Constitución no impone el método de aprobación tácita o ficta (esto es, por el silencio ante el transcurso de determinado tiempo), no habría por qué imaginarlo. De todos modos, según el convencional García Lema, miembro informante por la mayoría, la cláusula tenía por fin evitar dudas, ya que proyectos anteriores del justicialismo y del radicalismo aludían a la aprobación tácita ("Diario de Sesiones", p. 2217, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4887).

§ 516. ***Trámite complejo en la etapa presidencial. El veto.*** – El Congreso remite al jefe de Estado, en rigor de verdad, un proyecto de ley sancionado, pero no una ley, porque todavía no se ha agotado el procedimiento legislativo.

El presidente, en efecto, además de *aprobar*, *promulgar* y *publicar*, puede intervenir en esta etapa obstaculizando el proyecto de ley a tenor del art. 83 de la Const. nacional: "Desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen; ésta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ambas cámaras serán en este caso nominales, por sí o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa. Si las cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año".

No obstante que antes de su promulgación y publicación la ley no es ley, sino sólo proyecto, en la práctica ya se le asigna número de ley, con lo cual se da la paradoja de textos normativos con numeración de ley, pero sin tener la condición de tal, ante su posterior veto.

a) *Forma del veto.* El veto se ha instrumentado históricamente por medio de un *mensaje*, pero a veces mediante un decreto presidencial, que en vez de decir francamente que *veta* un proyecto de ley, en ocasiones declara que lo *observa*. En tal sentido, puede leerse el decr. 769/89, que veta parcialmente el proyecto de ley 23.697, de emergencia económica.

b) *Tiempo.* El lapso para vetar es el de diez días útiles, a tenor del art. 80 de la Const. nacional. El concepto de "día útil" se equipara al de "día hábil para la Administración" (Bidegain), con lo cual habría que excluir del cómputo los días feriados y de asueto.

c) *Razones.* El veto importa el desacuerdo presidencial con un proyecto de ley, cuyas razones pueden ser varias: de oportunidad y conveniencia, de acierto, de forma o de fondo, de constitucionalidad (control preventivo de constitucionalidad, a cargo del Poder Ejecutivo), etcétera. Los motivos son casi siempre incluidos en el mensaje o decreto que decide vetar.

d) *Alcances.* El art. 83 de la Const. nacional permite el veto *parcial* o *total* de un proyecto ("Desechado en el *todo* o en *parte*"). Lo discutido es, cuando hay veto parcial, si el Poder Ejecutivo puede promulgar el sector no vetado.

La reforma constitucional de 1994, recogiendo la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema ("Colella", *Fallos*, 268:362), aceptó como excepción la aprobación parcial y consecuente promulgación parcial y veto parcial de proyecto de ley, al prescribir (art. 80) que esos proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante, pero que "las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso".

Esto obliga a meritar, veto por veto, si se dan estas circunstancias. En el derecho consuetudinario constitucional se han presentado muchísimas situaciones de promulgación parcial (p.ej., leyes 23.697, de emergencia económica; 23.775, de provincialización de Tierra del Fuego; 24.044, de limitación a la publicidad de tabacos).

e) *Trámite.* El art. 83 de la Const. nacional manda que, con el texto del veto (decreto o mensaje), el *proyecto* vuelva a la Cámara *de origen* (el fin de la norma, recuerda Rosatti, es que quien inició el tratamiento de la norma, sea quien tenga prioridad en su nuevo análisis). En rigor de verdad, se debe adjuntar el proyecto; pero si este mismo no es acompañado, ese defecto formal no parece insalvable, ya que la Cámara del caso se supone que debe poseer copia de lo sancionado por ella.

Con el evidente propósito de publicitar ante la opinión pública y responsabilizar a los protagonistas del proceso legisferante, el art. 83 de la Const. nacional impone en este caso votaciones nominales (no secretas), y la difusión del debate *por la prensa*.

Si no se supera el veto, el proyecto normativo no se convierte en ley. Más todavía: no puede tratarse nuevamente en las sesiones de "aquel año"; pensamos que se habla de año calendario (ver § 513).

Lo dicho vale para el caso de veto total. Si el veto es parcial, el art. 80 *in fine* de la Const. nacional indica que "en este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia". El asunto está regulado en la última parte del art. 99, inc. 3: el jefe del Gabinete de Ministros comunica el veto parcial a la Comisión Bicameral Permanente, que eleva su despacho al plenario de cada Cámara, para que éstas lo consideren, según el trámite que establecerá una futura ley especial.

La regla del art. 80 *in fine* es poco feliz, ya que de todos modos el Congreso tendrá que tratar el tramo vetado de la ley según el aludido art. 83. Podría pensarse que la intervención de la Comisión Bicameral lo es para evaluar solamente el acierto de la promulgación parcial, y si el pedazo promulgado tiene o no autonomía normativa con el resto del proyecto vetado. Posteriormente cada Cámara reexaminaría el tema, aunque la Constitución no indica para qué. Suponiendo que las cámaras entendiesen que no tiene autonomía normativa, de todos modos el sector parcialmente promulgado por el presidente ya estaría rigiendo; y la Constitución no dice que las salas del Congreso puedan dejar sin efecto tal promulgación.

La ley 26.122 determinó que la Comisión debe expedirse sobre la validez o invalidez del decreto de promulgación parcial y sobre su procedencia formal y sustancial (art. 14).

En la experiencia legislativa se ha discutido (p.ej., en 1996, con motivo de la ley de patentes) si el Congreso, al estudiar un veto parcial de, por ejemplo, diez artículos de una ley, está habilitado para superar el veto de, verbigracia, cinco de ellos, no superando o aceptando el veto de los cinco restantes. Ello sería el *resello parcial* de un *veto parcial*. La tesis contraria, sostenida en aquel caso por el Poder Ejecutivo, era que el Congreso debía superar "en bloque" todo el cupo de normas vetado, en vez de superar algunas y no superar otras. El tema, desde luego discutible, puede resolverse por el principio de funcionalidad (ver § 17), en el sentido de que, si son normas separables, es bueno hacer operar aquellas que el Congreso –al fin de cuentas, el Poder más relevante en nuestro organigrama constitucional, ver § 436– insiste con los dos tercios de votos, primando –en tales cláusulas– sobre el criterio del Poder Ejecutivo. Aquel *resello parcial* de un *veto parcial* es pues viable, siempre que se trate, insistimos, de normas independientes entre sí.

f) *Derogación y anulación de leyes.* La facultad de derogar o abrogar leyes es implícita de quien tiene competencias constitucionales para sancionarlas. Algunas veces la Constitución incluso anticipa cambios en las leyes (v.gr., art. 75, inc. 3, en materia de asignaciones específicas en recursos coparticipables; art. 77, modificaciones concernientes a regímenes electorales y partidos políticos).

La derogación de una ley por otra ley del Congreso puede tener diversos fundamentos: nuevas situaciones fácticas, experiencias negativas del texto que se deroga, convencimiento del Congreso de que la ley que aprobó era inconstitucional o inválida (v.gr., por violar algún tratado internacional), etcétera. En resumen, el acto de derogación involucra los supuestos de abolición, revocación y anulación (Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*).

Sin embargo, el Congreso argentino, respecto de las leyes de "obediencia debida" y "punto final" (23.521 y 23.492), primero las *derogó* por la ley 24.952, y después, por la ley 25.779, las *anuló*.

En otras palabras, anuló lo ya derogado, hecho que implica un absurdo jurídico. En el derecho constitucional argentino, formal y consuetudinario, no hay un acto de "anulación" de ley por el Congreso, diferente al de su derogación. En otras palabras, la derogación puede fundarse en motivos de anulación, que es una de las varias por las que el Congreso está autorizado a abolir una ley.

En rigor de verdad, la ley 25.779, quiso dar efectos retroactivos a la derogación que ya se había dispuesto (pero sin tales resultados) por la ley 24.952. No es absurdo que una derogación pueda tener efectos retroactivos (*ex tunc*), siempre que no afecte derechos constitucionalmente adquiridos por los habitantes. Lo dicho no impide discutir ante los tribunales la constitucionalidad de estas dos últimas normas. Si se las reputase inconstitucionales, esa declaración judicial sí tendría efectos retroactivos, ya que la ley inconstitucional se considera como inexistente para el proceso donde fue descalificada (§ 300, i).

La Corte Suprema reputó, sin embargo, que la ley 25.779 importaba solamente una "declaración" del Congreso, que no privaba a los jueces de "la decisión final sobre el punto", y que –por ende– es constitucional (14/6/05, "Simón, Julio H., y otros", *JA*, 2005-IV-377).

§ 517. ***Plazos de caducidad en el trámite legisferante.*** – Según la Constitución, las cámaras no tienen términos para considerar (aprobar o rechazar) los proyectos legislativos, ni para expedirse ante un veto presidencial.

No obstante, el derecho consuetudinario constitucional ha admitido desde tiempo atrás, y con el fin de despejar la tarea parlamentaria, la existencia de leyes (2714, 3721, 13.640, 23.821 y 23.992) que han fijado plazos de *caducidad*, equivalentes al rechazo, salvo para los proyectos de códigos, tratados internacionales, provisión de fondos para pagar las deudas de la Nación y los reclamos de particulares con igual carácter (art. 2°, ley 13.640).

Esos plazos son: *a*) caduca todo proyecto de ley no aprobado en la Cámara de origen el año parlamentario en que se presentó, o el siguiente; *b*) si contó con sanción en una Cámara, el plazo se alarga un año más; *c*) si la iniciativa tuvo modificaciones en la Cámara revisora, y no termina el trámite previsto por el actual art. 81

22. Sagüés, *Manual*.

de la Const. nacional, se extingue el año parlamentario siguiente al que resultó observado, y *d*) en caso de proyectos vetados, el término es el del año parlamentario en que volvió al Congreso, con uno más.

§ 518. ***Ley común, ley general y ley especial. Ley aclaratoria. Códigos.*** – Algunas veces la Constitución habla de "las leyes", en el sentido –aparentemente– de leyes corrientes o comunes (así, arts. 14 bis, 77 *in limine* y 84, entre otros). En otros casos, de *leyes generales*, que lo son "para toda la Nación" (p.ej., art. 75, inc. 12, se trata de normas de vigencia en todo el país, no locales). También utiliza de vez en cuando la expresión *ley especial*, para referirse, por ejemplo, a la que declare Capital de la República (art. 3°), la que fije el lugar donde se deba seguir el juicio criminal por delitos contra el derecho internacional, cometidos fuera del territorio argentino (art. 118 *in fine*), o la que gradúe la pena por el delito de traición a la patria (art. 119).

El art. 18 habla también de "una ley" que determinará en qué casos y por qué se podrá proceder al allanamiento de domicilios y al secuestro de correspondencia y papeles privados.

El sentido de estas prescripciones es la de fijar el ámbito espacial de validez de ciertas leyes (caso de las *generales*) o la de demandar un tratamiento particularizado de ciertos temas que la Constitución ha reputado significativos y peculiares (caso de las leyes *especiales*). Pero no hay diferencia normativa jerárquica entre una ley común, una general o una especial, las cuales pueden ser derogadas por otra ley que aborde el mismo contenido. Eso sí, resultaría inconstitucional que una ley general tuviese aplicación local (p.ej., sólo en la Capital Federal), o que la Capital Federal fuese declarada tal dentro de una ley más amplia (v.gr., en un código cualquiera).

En ciertos casos se han dictado leyes "aclaratorias" que, por su naturaleza interpretativa, podrían tener efectos retroactivos con relación a las leyes previas "aclaradas". En "Valot" (*Fallos*, 328:1476), la Corte Suprema ha dicho, con acierto, que una ley aclaratoria no puede afectar derechos adquiridos por los habitantes según la ley anterior, y que cabe distinguir lo que es una aclaración, de lo que de hecho puede importar una reforma de la ley en juego.

A ciertas leyes específicas la Constitución las llama *códigos*: Civil, de Comercio, Penal, de Minería, del Trabajo y Seguridad Social (art. 75, inc. 12). Son leyes que tratan de modo orgánico y sistemático una materia jurídica; pero no tienen un rango normativo especial: pueden ser alteradas por otras leyes.

Hay otras leyes llamadas *códigos*, aunque no estén así denominadas por la Constitución: por ejemplo, el Código Aeronáutico (ley 17.285), el Código Aduanero (ley 22.415), o el Código Nacional Electoral (ley 19.945 y modificatorias).

§ 519. ***Ley en blanco.*** – No siempre la ley es *completa*. Es decir, no siempre describe todo lo necesario para regular una conducta. Eso no es inconstitucional, desde el momento en que la propia Constitución prevé la *reglamentación* de la ley por el Poder Ejecutivo, en el art. 99, inc. 2. Es decir, que éste reglamente los "pormenores y detalles" destinados a instrumentar y tornar operativa la ley del Congreso.

La ley penal *en blanco* aparece si ella fija la sanción, pero su contenido es indeterminado, debiéndoselo integrar por otra ley o por decretos del Poder Ejecutivo. Soler recuerda un caso clásico: los arts. 143, inc. 5°, 205 y 206 del Cód. Penal, al decir el último de dichos artículos que "será reprimido con prisión de uno a seis meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal".

Si el espacio dejado en blanco por una ley es cubierto por otra ley no hay, desde luego, problema constitucional. Si es un "pormenor o detalle", también es constitucionalmente posible que sea rellenado por decreto reglamentario (art. 99, inc. 2, Const. nacional). Si es una cuestión no accesoria, en tal caso el Congreso está haciendo una delegación de competencias en el Poder Ejecutivo, cuya constitucionalidad veremos más adelante (§ 572).

§ 520. ***Ley convenio.*** – Es una ley dictada por el poder nacional, pero con una peculiaridad: rige en el ámbito nacional y en el de ciertas provincias (las que expresen su voluntad de incorporarse al régimen previsto por dicha ley). Se la llama también *ley acuerdo* o *ley contrato* (y en este caso, importa una suerte de *contrato de adhesión* entre la Nación y las provincias).

La ley convenio es una manifestación del llamado, por Frías, *federalismo de concertación*.

La reforma constitucional de 1994 programó *una* ley convenio en materia de coparticipación de contribuciones directas entre la Nación y las provincias y la Ciudad de Buenos Aires. Tendrá como Cámara de origen al Senado, debe ser sancionada con la mayoría absoluta de los miembros de cada sala, no puede ser modificada unilateralmente ni reglamentada, y será aprobada por las provincias (art. 75, inc. 2). Pero además de ella pueden existir otras leyes convenio, naturalmente en materias distintas, sancionadas con el trámite de una ley común y el acuerdo de las provincias.

La previsión constitucional respondió, según el miembro informante del despacho mayoritario, convencional Marín ("Diario de Sesiones", p. 3175, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5370), a la necesidad de afianzar un federalismo concertativo y solidario, al par que evitar la discusión respecto de la constitucionalidad de la ley convenio de referencia.

§ 521. ***Leyes secretas.*** – El derecho consuetudinario constitucional argentino ha admitido las *leyes secretas*. Son más de un centenar (la primera es la 2802, de 1891), aprobadas durante gobiernos de iure (con sesiones secretas en ambas cámaras, promulgación secreta y registro secreto) y de facto. En principio, no las conoce el Poder Judicial.

La materia de estas leyes, según se desprende de ciertos debates sobre su contenido, rumores o algún fallo de la Corte Suprema, ha versado sobre asuntos militares, económicos, de distribución de ciertos cargos judiciales, etcétera.

Alguna doctrina ha entendido que son constitucionales. Así, según González Calderón, en virtud de estos argumentos: puede haber reuniones secretas y, por tanto, leyes secretas y hay promulgación tácita de las leyes (cuando el Ejecutivo no las observa en el plazo del art. 80, Const. nacional) y ello permite obviar la promulgación pública.

Estas dos razones son notoriamente insuficientes: las sesiones secretas de las cámaras son en verdad inconstitucionales (porque atentan contra el principio de publicidad de los actos de gobierno, elemento básico del régimen republicano propiciado por el art. 1° de la Const. nacional), aunque estén admitidas por nuestro derecho consuetudinario constitucional (ver § 501). De todos modos, no se desprende que por haber reunión secreta, sea también secreto lo resuelto en ella. A su turno, no hay en verdad "promulgación tácita" de ley, sino "aprobación tácita", según el mentado art. 80 (§ 511). Cabe añadir que nuestra Constitución manda que el Ejecutivo *promulgue* y publique las leyes (art. 99, inc. 3). La ley no publicada, por lo demás, no es ley (Hobbes, Escriche). El principio republicano (art. 1°, Const. nacional) impone, paralelamente, la publicación.

No obstante lo puntualizado, la Corte Suprema al referirse a la ley secreta 19.111, admitió las leyes secretas por "graves asuntos de Estado" ("Ex Cámara Federal en lo Penal de la Nación", *JA*, 19-1973-565).

Felizmente, la ley 26.134 ha ordenado publicar las leyes secretas.

§ 522. ***Otros actos del Congreso. Decretos, resoluciones y declaraciones. Sentencias.*** – En ciertos casos, las cámaras del Congreso se pronuncian por vías distintas a la ley.

a) *Resoluciones.* Son así definidas por el reglamento de la Cámara de Diputados las que tratan sobre "el rechazo de solicitudes particulares, la adopción de medidas relativas a la composición u organización interna de la Cámara, y en general toda disposición de carácter imperativo que pueda adoptar el cuerpo por sí o juntamente con el Senado" (art. 117).

El reglamento del Senado es más parco, y califica de resoluciones sólo aquellas que importan una decisión particular de la sala (art. 129).

b) *Declaraciones.* Se refieren, según el reglamento de la Cámara de Diputados, a expresiones del cuerpo sobre cualquier asunto de carácter público o privado, o sobre manifestar su voluntad de practicar algún acto en tiempo determinado, o de adoptar reglas generales referentes a sus procedimientos (art. 118). Para el Senado tienen por meta "reafirmar las atribuciones constitucionales" de la Cámara, o expresar una opinión suya (art. 131, regl. Senado).

c) *Comunicaciones*. El art. 130 del reglamento del Senado indica que son dirigidas "a contestar, recomendar o pedir algo, o a expresar un deseo o aspiración de la Cámara". El reglamento de Diputados no las trata explícitamente, amalgamándolas entonces con las declaraciones o resoluciones.

d) *Decretos*. El reglamento senatorial (art. 128) aclara que tienen por fin "originar una decisión especial de carácter administrativo". El reglamento de Diputados no los menciona.

e) *Sentencias*. En el trámite del juicio político, el Congreso cumple funciones jurisdiccionales. La Cámara de Diputados *acusa* (actúa como fiscal), según el art. 59 de la Const. nacional, y el Senado dicta un *fallo* (art. 60), *definitivo* (art. 12, regl. del Senado), *constituido en tribunal* según dicho reglamento (art. 2°). La sentencia puede resultar condenatoria (con destitución, o, en su caso, inhabilitación, según el art. 60) o absolutoria (art. 12, regl. Senado). Tratamos el tema del juicio político en el § 626 y siguientes.

Capítulo XIII

PODER EJECUTIVO. ESTRUCTURA E INTEGRACIÓN. OPERATIVIDAD

A) El presidente

§ 523. *Introducción. Fisonomía del Poder Ejecutivo argentino.* – En sus *Bases*, Alberdi puntualiza tres ideas-fuerza sobre el "Gobierno o Poder Ejecutivo": *a*) de su formación "depende la suerte de los Estados Unidos de la América del Sur"; *b*) resulta necesario "un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía lo desobedece como presidente republicano", y *c*) "dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución".

Consecuente con esas directrices, la Constitución nacional programó un "Poder Ejecutivo de la Nación" (art. 87) al que confió cuatro comandancias principales: *a*) jefe supremo de la Nación (art. 99, inc. 1); *b*) responsable político de la administración general del país (art. 99, inc. 1); *c*) jefe del Gobierno (art. 99, inc. 1), y *d*) comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación (art. 99, inc. 12). En la práctica, recuerda Palazzo, asume con frecuencia otra jefatura: la del partido político oficialista.

Con este esquema, la Constitución adoptó, en 1853-1860, un régimen nítidamente *presidencialista*, es decir, de un vigoroso Poder Ejecutivo separado del Poder Legislativo, no designado ni removible por éste (salvo mediante el juicio político), con ministros-secretarios nombrados y cesanteables también por su propia

autoridad. Aquí, el presidente es al mismo tiempo "jefe de Estado" y "jefe de Gobierno". El sistema ha sido atenuado en la reforma de 1994 (ver § 551).

La reforma de 1994 intentó moderar el presidencialismo argentino, aunque con poco éxito todavía (§ 554).

§ 524. *Crecimiento de las competencias presidenciales.* – Latinoamérica, en general, y la Argentina, en particular, han hipertrofiado al Poder Ejecutivo, a quien se lo puede calificar como un *César republicano*. Las razones de ese desmesurado crecimiento son tanto *normativas* (imputables a la Constitución) como *sociológicas*, derivadas de costumbres, tradiciones y creencias.

§ 525. *Título.* – La Constitución llama a la cabeza del Poder Ejecutivo "presidente de la Nación Argentina" (art. 87), aunque el art. 75, inc. 21, lo denomina "presidente... de la República". En la práctica periodística a menudo se alude a él como "presidente de los argentinos", calificación incorrecta, ya que no es presidente de personas individuales, ni de la comunidad argentina sino de la persona jurídica *Estado*, donde hay nacionales y extranjeros.

También se lo conoce como "primer magistrado". El título no es desacertado en función de ser rotulado por la Constitución como "jefe supremo de la Nación" (art. 99, inc. 1).

§ 526. *Composición.* – La doctrina discute si el Poder Ejecutivo argentino es *unipersonal* (posición mayoritaria, entre otros Bidegain, Bidart Campos, Romero, Linares Quintana) o *colegiado* (Matienzo, Marienhoff, Ekmekdjian), es decir, compuesto por el presidente y sus ministros.

La interpretación literal conduce a la tesis de la unipersonalidad: el art. 87 de la Const. nacional indica que "el Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por *un* ciudadano con el título de 'presidente de la Nación Argentina'". Pero a su vez, el art. 100, precedido del título "Del jefe de Gabinete y demás ministros *del* Poder Ejecutivo", puntualiza que ellos "tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, *sin cuyo requisito carecen de eficacia*". De ahí se desprende que, salvo excepciones, el presidente no pueda actuar sin, al menos, un ministro; el Poder Ejecutivo resultaría, entonces, inevitablemente *compuesto*.

En resumen, si los actos del Poder Ejecutivo demandan, normalmente, un insoslayable *concurso de voluntades* (la del presidente y la de un ministro, como mínimo), dicho órgano del Estado deviene colegiado.

§ 527. *Condiciones constitucionales de elegibilidad.* – El art. 89 de la Const. nacional dice: "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". Estas últimas, según se recuerda, son treinta años de edad, haber sido seis años ciudadano de la Nación, renta de dos mil pesos fuertes anuales o entrada equivalente, y natural de la provincia que lo elija o con dos años de residencia inmediata en ella (art. 55, Const. nacional).

a) *Momento en que deben reunirse las condiciones.* El texto constitucional puntualiza que estos recaudos se exigen "para ser elegido". Luego, tendrían que conformarse el día de la *proclamación*, por parte del Congreso, en la sesión prevista por el art. 122 del Cód. Electoral Nacional, según ley 24.444.

Sin embargo, el Código Electoral Nacional, después de la reforma dispuesta por la ley 24.444, dispone que para la elección de presidente y vicepresidente debe presentarse la fórmula del caso ante el juez federal con competencia en la Capital Federal, quien debe expedirse dentro de cinco días sobre la calidad de los candidatos.

En síntesis, de acuerdo con esta legislación reglamentaria, los recaudos para ser presidente o vicepresidente tienen que ser cubiertos en el momento de oficializarse la fórmula por la justicia electoral; vale decir, *antes* de la fecha de la elección, a fin de permitir su control por tal judicatura. Ese sistema importa una razonable reglamentación del mencionado art. 89.

b) *Requisitos.* La Constitución suma a los recaudos para ser senador otros más severos. Demanda, en primer término, haber nacido en territorio argentino, o, si nació en el exterior, ser hijo de

ciudadano nativo (esta excepción tuvo históricamente por meta permitir acceder a la presidencia a hijos de argentinos exiliados durante el gobierno de Rosas; aunque mantiene vigor actualmente, ante similares situaciones de emigración planteadas en las últimas décadas por razones políticas o económicas). En opinión de Bidart Campos, el art. 89 permite así elegir como presidente a alguien no ciudadano: "es un extranjero a quien la Constitución, sin convertirlo en argentino, le confiere condición para ser presidente". Pero nos parece que tal posibilidad no existe, ya que el art. 55, referido a los senadores, y, por tanto, también al presidente, exige por lo menos seis años de ciudadanía. Un no ciudadano, por ello, no debe ser electo presidente.

§ 528. ***Eventual ampliación (por vía de ley) de los requisitos constitucionales.*** – ¿Es factible sumar otros recaudos (exigir, mediante ley, que el candidato deba tener educación secundaria, o no contar con condena por delito doloso) a los previstos por la Constitución? Una doctrina calificada (Bidegain, Bidart Campos), avalada por jurisprudencia de la Corte Suprema ("Sojo", *Fallos*, 32:125), responde negativamente: si la Constitución enunció ciertas exigencias, basta cumplir con ellas para acceder al cargo.

Como en el caso de los legisladores (ver § 450), pensamos lo contrario en resguardo del principio constitucional de idoneidad (art. 16), es factible agregar requisitos, siempre que sean de tipo general, razonables y de índole republicana, además de no violar los pactos vigentes (art. 23, inc. 2°, Convención Interamericana de Derechos Humanos).

§ 529. ***Mecanismo de elección. Tiempo.*** – La Constitución dedica el Cap. II, Secc. II, Parte 2ª, "De la forma y tiempo de la elección del presidente y vicepresidente de la Nación" al tema en cuestión.

La reforma de 1994 simplificó sensiblemente el procedimiento anterior de elección de presidente y vicepresidente, que era por medio de colegios electorales. En cuanto al tiempo, dispuso que la elección, ahora directa por el cuerpo electoral, se hará "dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio" (art. 95). La innovación es loable. De lo contrario, de elegirse al presidente con mayor anticipación, la hipótesis de la convivencia de los "dos presidentes" (el electo y el que continúa en ejercicio) por un período mayor, no resulta aconsejable. De hecho, importa una erosión política para el presidente en vías de concluir su gestión.

§ 530. ***Etapa preelectoral.*** – Hemos visto que la elección de presidente y vicepresidente principia ante la justicia electoral, donde deben registrarse los candidatos, que "podrán figurar en las listas con el nombre con el cual son conocidos, siempre que la variación del mismo no sea excesiva ni dé lugar a confusión a criterio del juez" (art. 60, Cód. Electoral Nacional, según ley 24.444). El juez electoral de la Capital dictará resolución, apelable ante la Cámara Nacional Electoral. En caso de muerte o renuncia de cualquiera de los candidatos de la fórmula, los partidos políticos o alianzas electorales podrán registrar a otros candidatos en su lugar, en el plazo de siete días corridos (art. 61).

§ 531. ***Etapa electoral. Elección en una sola vuelta.*** – La reforma de 1994 propició la elección popular y directa del presidente y vicepresidente, reputando a todo el territorio nacional como distrito único (art. 94). Cada ciudadano sufraga "por una fórmula indivisible de candidatos a ambos cargos" (art. 148, Cód. Electoral Nacional).

Si una fórmula obtiene en este primer comicio más del 45% de los votos "afirmativos válidamente emitidos", sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación (art. 97). La idea de la elección por el pueblo y sin intermediarios (colegios electorales) se debió, según el miembro informante del despacho mayoritario, a la necesidad de que el pueblo conociese de inmediato el resultado de las elecciones, y de eliminar "esos clubes de notables" que fueron, en su momento, los colegios de electores ("Diario de Sesiones", p. 2214, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4885).

Ahora bien, según apuntó, la fórmula de los candidatos triunfantes debe lograr en la primera vuelta electoral, para ser proclamada, el 45% de los sufragios afirmativos y válidos, con lo que no se computan los emitidos en blanco o nulificados. Vale decir, que la fórmula victoriosa no tiene necesariamente que obtener el 45% de los votos del total de los inscriptos en el padrón

electoral. Bastará con lograr el 45% de los votos válidos y afirmativos.

Así, por ejemplo, en 1995, la fórmula Menem - Ruckauf logró el 49,9% de los sufragios afirmativos y válidos, pero solamente el 38,73% de los votos del total de los empadronados ("La Nación", 16 y 21 de mayo de 1995).

El art. 98 de la Const. nacional permite otra alternativa para concluir la elección presidencial en una sola vuelta: que la fórmula victoriosa consiga el 40%, por lo menos, de los votos afirmativos y válidos, y además que exista una diferencia mayor del 10% respecto del total de los votos, también afirmativos y válidos, sobre la fórmula que le sigue en número de votos.

En ambos supuestos, el propósito de estas cláusulas fue dotar a la fórmula triunfante del peso político y del respaldo suficiente de la ciudadanía para gobernar, máxime previendo que en el futuro el país tenga que afrontar un sistema menos bipartidista (palabras del miembro informante, García Lema, por el despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 2215, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4885). Tal es el sistema de *ballottage* argentino, que obliga a una segunda vuelta si la fórmula más votada no logra aquellos porcentajes.

§ 532. ***Etapa postelectoral.*** – Realizado el escrutinio definitivo de votos por la Junta Nacional Electoral, en un plazo no mayor de diez días corridos después de la elección (art. 112, Cód. Electoral Nacional, según ley 24.444), los resultados se comunican al presidente del Senado de la Nación, quien debe convocar a la Asamblea Legislativa. Ella debe hacer la sumatoria para determinar si una fórmula ha logrado las mayorías de los arts. 97 y 98 de la Const. nacional proclamando en su caso a los electos (arts. 120 y 122, Cód. Electoral Nacional).

§ 533. ***Segunda vuelta electoral.*** – Si la fórmula con más sufragios no obtuvo los porcentajes citados en los arts. 97 y 98 de la Const. nacional, la Asamblea Legislativa hará saber tal circunstancia al Poder Ejecutivo y a los apoderados de los partidos políticos que participarán en la segunda vuelta, prevista por el art. 94 de la Const. nacional. La misma tendrá lugar dentro de los treinta días (art. 150, Cód. Electoral Nacional, según ley 24.444). Esos treinta días corren desde la primera elección (art. 96 *in fine*, Const. nacional).

En la segunda vuelta intervienen solamente las dos fórmulas más votadas en la primera (art. 96, Const. nacional, y art. 151, Cód. Electoral Nacional). Resultará electa la que consiga mayor número de votos afirmativos y válidos. Se trata, pues, de una mayoría simple.

La Constitución siempre apuntó a una confrontación *obligatoria* de *fórmulas* (esto es, de binomios inescindibles, y sin posibilidad de que una de las dos fórmulas más votadas decline su intervención en la segunda vuelta; Dromi y Menem). No obstante, la ley 24.444, al reformar el Código Electoral Nacional, introdujo algunas variaciones, por cierto prácticas, aunque no siempre coherentes con el sistema de la reforma constitucional de 1994.

El régimen actual, en resumen, es el siguiente: dentro de los cinco días de anunciadas por la Asamblea Legislativa las dos fórmulas más votadas, ambas deberán ratificar por escrito ante la Junta Electoral de la Capital Federal su decisión de presentarse a la segunda vuelta. Si una de ellas no lo hace, será proclamada la otra (art. 152, Cód. Electoral Nacional; éste no prevé qué ocurre si ninguna realiza tal ratificación).

De producirse la muerte de los dos candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera elección, pero antes de realizarse la segunda, se convocará a una nueva elección. Ello significaría como si la primera elección no hubiese acaecido. Si ocurre la muerte de uno solo de los candidatos de aquellas dos fórmulas, el partido político o alianza electoral del caso deberá cubrir la vacancia en el término de siete días corridos, a los efectos de concurrir a la segunda vuelta (art. 154, Cód. Electoral Nacional). De este texto se desprendería que si no cumple con tal carga no podrá presentarse al segundo comicio.

Si, también conforme al Código Electoral Nacional, antes de la segunda elección se presentare la renuncia de los dos candidatos de una de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta, se proclamará electa a la otra (art. 155). En caso de renuncia de uno de los candidatos de alguna de las dos fórmulas votadas en la primera vuelta, *no podrá cubrirse esa vacante*. Si el renunciante

fuera el candidato a presidente, ocupará su lugar el candidato a vicepresidente (art. 155).

Concluyendo, puede apreciarse que, en ciertas hipótesis, una fórmula podrá declinar su intervención en la segunda vuelta, o participar con un nombre, y no con los dos.

§ 534. ***Segunda etapa postelectoral.*** – Los arts. 152 y 155 del Cód. Electoral Nacional (según la ley 24.444), aluden explícitamente a la *proclamación* de la fórmula triunfante, tanto para la hipótesis de no ratificar su presentación a la segunda vuelta, como de renuncia de los dos candidatos de una de las dos fórmulas victoriosas en la primera. En ambos supuestos, se proclamará a la otra. Cabe suponer que también habrá *proclamación* para el binomio triunfante en la segunda vuelta.

Ello se confirma igualmente con los arts. 120 y 122 de dicho Código, siempre a tenor de la ley 24.444, ya que el primero establece que la Asamblea Legislativa comunicará los resultados definitivos, tanto de la primera como de la segunda vuelta, dentro de los quince días posteriores a su realización; y el segundo, que ella proclamará a quienes resulten electos, "haciéndoles entrega de los documentos que acrediten su carácter".

§ 535. ***Caso de muerte de los electos.*** – El art. 153 del Cód. Electoral Nacional (según ley 24.444) dispone que si hubiese muerte o renuncia de los elegidos como presidente y vicepresidente –esto es, una vez proclamados como tales–, pero (cabe suponer) antes de que asuman, se aplicará lo dispuesto en el art. 88 de la Const. nacional. Ello significa que el vicepresidente electo reemplazará al presidente electo; y, en defecto de ambos, que se efectivizará la ley de acefalía. Esto puede provocar, según tal ley, que el Congreso elija mediante la Asamblea Legislativa a quien sea presidente durante todo el período constitucional a iniciarse (ver § 548).

§ 536. ***Asunción del cargo. Juramento.*** – El art. 93 de la Const. nacional estatuye: "Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento, en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en Asamblea, respetando sus creencias religiosas, de: '*desempeñar con lealtad y*

patriotismo el cargo de presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina'".

El nuevo texto eliminó del juramento presidencial la mención a "Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios" que traía el viejo art. 80, así como la prevención final, en el sentido que si no se cumplía el juramento, Dios y la patria demandarían al perjuro. En lugar de ello, indicó que los nuevos magistrados formularían su juramento de acuerdo con sus convicciones religiosas.

Con el texto reformado en 1994 se procuró salvaguardar tanto el principio de libertad de cultos como el respeto por las creencias religiosas de los juramentados, en coincidencia con la invocación a Dios que subsiste en el Preámbulo (fundamentos del miembro informante por la mayoría, García Lema, "Diario de Sesiones", p. 2370, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4974).

Coincidimos con Bidart Campos cuando apunta que el juramento aparece así como una condición de validez para desempeñar el cargo, y que un individuo no juramentado sería formalmente presidente de facto.

En la Argentina, el juramento y la asunción presidencial coinciden: el art. 93 de la Const. nacional dice, como se apuntó, "al tomar posesión de su cargo el presidente... prestarán juramento". Si no jura, en síntesis, no puede desempeñarse. En los Estados Unidos de América, con una cláusula parecida, se han dado casos de presidentes que sólo juraron después de algún tiempo, como Washington.

§ 537. ***Incompatibilidades.*** – Dispone la segunda parte del art. 92 de la Const. nacional que el presidente y el vicepresidente, durante el período al que corresponden sus nombramientos, "no podrán ejercer otro empleo".

La doctrina (Sánchez Viamonte, Linares Quintana) interpreta la voz *empleo* en sentido amplísimo, abarcando incluso situaciones que no implican relación de dependencia, como el ejercicio de profesiones liberales (p.ej., de abogado, explícitamente incompatible para el presidente según el art. 16 de la ley 22.192), y aun el desempeño de funciones honorarias (Bidart Campos).

El objeto de la prohibición del art. 92 de la Const. nacional parece múltiple: exigir dedicación completa del presidente a sus funciones constitucionales, y garantizar su independencia de empleadores o de intereses laborales, financieros, etc., que surjan del desempeño de otras tareas.

§ 538. ***Prerrogativas. Remuneración.*** – El presidente no puede ser destituido sino por medio del juicio político (art. 53, Const. nacional), circunstancia que –según el derecho consuetudinario local– le ha conferido una serie de prerrogativas relativamente similares, respecto a su procesamiento y detención penal, a las de los legisladores, comenzando por la de no ser arrestado sin previa destitución. Idéntica situación protege el vicepresidente y a los ministros, y a los jueces de la Corte Suprema (ver § 563).

La ley 25.320 determina también que todo funcionario (concepto que abarca al presidente y a los ministros) o magistrado sujeto al juicio político puede ser sometido a juicio penal, y que el llamado a indagatoria no se considera medida restrictiva de la libertad; pero que, si el convocado no concurre, el juez tendrá que requerir tal juicio político. Del mismo modo, si dicho juez dispone una medida que afecte la inmunidad de arresto, no será efectiva sino hasta que, por el juicio político, el funcionario sea separado del cargo. Todo ello no es obstáculo para que el funcionario o magistrado a quien se le impute la comisión de un delito tenga derecho, aunque no hubiere sido indagado, a presentarse al tribunal, aclarar los hechos y ofrecer pruebas. Si se denegare la remoción por medio del juicio político, el expediente penal continúa su tramitación en lo posible, y se suspende el curso de la prescripción. Remitimos al § 482 y siguientes.

El art. 92 de la Constitución puntualiza: "El presidente y vicepresidente disfrutan de un sueldo pagado por el Tesoro de la Nación, que no podrá ser alterado en el período de sus nombramientos. Durante el mismo período no podrán... recibir ningún otro emolumento de la Nación, ni de provincia alguna".

La norma dispone, por un lado, que el *sueldo* que le fije el Congreso (ya que es éste quien sanciona la ley de presupuesto, según el art. 75, inc. 8, Const. nacional), no podrá ser *alterado*. Con esto se ha querido evitar, en primer término, *aumentos* que,

obsecuentemente, podrían otorgársele al presidente; pero también *disminuciones* que restringirían su independencia y dignidad. De haber inflación, el espíritu de la norma requiere la intangibilidad de la remuneración, por lo cual habría que ajustarla nominalmente, para tutelar el valor real de dicho sueldo. En la práctica, el *sueldo* presidencial se desdibuja con la asignación, por presupuesto, de *fondos reservados*, de los cuales no debe rendir cuenta.

El art. 92 añade que tampoco podrá el presidente percibir emolumentos de la Nación o de alguna provincia. *Emolumento* significa beneficio, utilidad, o lucro derivado de un cargo, empleo o destino. Cabe suponer que tampoco podrá el presidente percibir tales ingresos de municipalidades o entidades privadas.

§ 539. ***Duración del período presidencial.*** – El art. 90 de la Const. nacional puntualiza: "El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período". El art. 91 añade: "El presidente de la Nación cesa en el poder el mismo día en que expira su período de cuatro años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde".

La reducción del período original de la Constitución (seis años) a cuatro, fue justificada por el convencional Paixao, miembro coinformante del despacho mayoritario en la Convención de 1994, por varios motivos, a saber: *a*) el modelo estadounidense, que no se siguió en la Asamblea de 1853; *b*) la reforma de facto de 1972, acatada en este punto por las fuerzas políticas de entonces (ver § 254); *c*) la existencia de "dificultades insalvables", para completar exitosamente el tramo de los seis años; *d*) las situaciones tensas en el último tercio de la gestión de seis años, por mediar una larga transición entre la presidencia que concluye y la que se inicia, y *e*) necesidad de dar al pueblo la posibilidad de ratificar o de concluir, a los cuatro años, una gestión presidencial, lo que importa un mayor control de la ciudadanía ("Diario de Sesiones", p. 2213 y 2214, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4884 y 4885). La reducción, agregó, empalmaba de todos modos con la posibilidad de una reelección inmediata.

Hay que distinguir entre *duración del período presidencial* y *duración de un presidente*. Ambos pueden coincidir (y así ocurre normalmente).

Pero algunas veces tal coincidencia no existe. En un mismo tramo presidencial, por ejemplo el anterior de seis años, pudo haber varios presidentes. Así, en el sexenio que se inició el 12 de octubre de 1886, que comenzó Juárez Celman, y que concluyó el 12 de octubre de 1892, cuando asumió Luis Sáenz Peña, se desempeñó, también, desde el 6 de agosto de 1890 hasta el 12 de octubre de 1892, Pellegrini, quien asumió la presidencia a raíz de la renuncia de Juárez Celman.

Esta regla del período presidencial de seis años fue quebrada en 1989. El presidente Alfonsín asumió el 10 de diciembre de 1983, y debía durar el período presidencial, según el antiguo art. 77, hasta el 10 de diciembre de 1989. Sin embargo, al renunciar en julio de 1989, tanto el presidente Alfonsín como el vicepresidente Martínez, en lugar de designar el Congreso un presidente que completase el tramo faltante del período de seis años, permitió que asumiera como presidente normal (y por lo tanto, por seis años), Carlos S. Menem. En definitiva, pues, hubo un tramo presidencial más corto que el previsto por el anterior art. 77 de la Const. nacional (en lugar de seis años, de cinco años y casi siete meses).

§ 540. ***Reelección.*** – La duración del período se conecta con la posibilidad de reelección. Si el período es largo, es probable que la Constitución impida toda reelección, como se regula en Chile; o que la permita, pero dejando un período presidencial de intervalo (Perú de 1979, art. 205). Cuando el período es corto, la reelección es algunas veces permitida, ocasionalmente con limitaciones (según la Constitución de los Estados Unidos de América, enmienda XXII: "Nadie será elegido para el cargo de presidente más de dos veces"). Pero hay constituciones que permitieron indefinidamente la reelección (como la argentina de 1949, art. 78, y la del Paraguay de 1967, art. 173) y otras que la prohibieron de modo terminante (Constitución de Honduras de 1982). Esta Constitución dispone incluso que el presidente que proponga la reforma de esta prohibición, cesará de inmediato en el cargo (art. 239).

La reforma constitucional de 1994 introdujo en este tema una importante modificación al sistema anterior, que permitía la reelección del presidente, pero dejando un "hueco" o intervalo de un período (antiguo art. 77). El actual art. 90 establece, en efecto, que "el presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período".

Aquella cláusula fue complementada por otras dos, transitorias. La disposición transitoria novena aclara que el mandato del presidente en ejercicio al momento de sancionarse la reforma deberá ser considerado como primer período. A su turno, la número diez establece que el mandato del presidente de la Nación que asuma su cargo el 8 de julio de 1995 se extinguirá el 10 de diciembre de 1999.

La Convención de 1994 puso de tal modo fin a un largo debate (el verdadero punto central de la reforma), como era la posibilidad de reelegir por un período inmediato más al presidente (después también estará habilitado para ser reelecto, pero dejando el referido intervalo de un período). El fundamento dado por el convencional García Lema, miembro coinformante del despacho mayoritario, fue la adopción del modelo estadounidense: reducción del período presidencial a cuatro años, con la posibilidad de una reelección; en total, dos mandatos. Indicó que tal era la práctica en los países más desarrollados ("Diario de Sesiones", p. 2213 y 2214, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4884 y 4885).

Para algunos la prohibición de un tercer período consecutivo violaría, por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica, que impide discriminaciones electorales, salvo por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, condena penal o incapacidad civil o mental (art. 23, inc. 2°).

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Partido Justicialista de Santa Fe" (*LL*, 1995-A-201), puntualizó qué cláusulas constitucionales limitatorias de la posibilidad de postularse indefinidamente a elecciones no violaban ni la Constitución nacional, ni los derechos individuales, ni los tratados

o convenciones con rango constitucional a tenor del art. 75, inc. 22, de la Const. nacional. A su vez, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Ríos Montt" (cfr. el voto del juez Fayt, en los autos citados, consid. 21), da pie asimismo a admitir cláusulas constitucionales regulatorias de las condiciones de elegibilidad de un presidente, en tanto tiendan a evitar el nepotismo, el conflicto de intereses, la efectividad de los derechos políticos y la autenticidad de las elecciones.

§ 541. ***El período presidencial 1995-1999.*** – La cláusula transitoria décima estatuyó que un período presidencial completo debía durar desde el 8 de julio de 1995 hasta el 10 de diciembre de 1999, vale decir, que contó con cerca de cuatro años y medio. Fue una disposición específica y práctica, destinada a hacer concluir el mandato presidencial con el de los legisladores, que se encontraban desfasados a raíz de la renuncia del presidente Alfonsín en julio de 1989, y la inmediata asunción del presidente Menem, hecho que –según puntualizamos, en el § 539– no coincidía con la Constitución de 1853-1860.

§ 542. ***La reelección cruzada.*** – La segunda parte del art. 90 de la Const. nacional aclara que el presidente o el vicepresidente, si fueren reelectos o se hubieren sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de otro período.

Dicho de otro modo, quien fue presidente en un tramo y vicepresidente en el siguiente, o viceversa, no puede postularse para un tercer período consecutivo, tanto para presidente como para vicepresidente. Deberá dejar un período en blanco. El miembro coinformante por el despacho mayoritario, García Lema, expuso que así se procuró evitar lo ocurrido en los Estados Unidos de América con Bush, quien fue dos veces seguidas vicepresidente y en una tercera, también consecutiva, presidente ("Diario de Sesiones", p. 2215, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4885).

§ 543. ***Interrupciones en el ejercicio presidencial.*** – El art. 91 de la Const. nacional indica que el período de cuatro años fenece automáticamente, "sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde". Es una regla de seguridad jurídica: las licencias, enfermedades, golpes de Estado, etc., no prorrogan el término presidencial.

B) El vicepresidente y las acefalías

§ 544. ***El vicepresidente.*** – La Constitución de 1853-1860 estableció el cargo de vicepresidente, con las mismas condiciones (art. 89) y método de elección (arts. 94 a 98) que el presidente. Dura en su función igual que éste (art. 90) y presta análogo juramento (art. 93).

Los roles del vicepresidente son, básicamente, dos: reemplazar (transitoria o definitivamente, según los casos) al presidente, y presidir el Senado, sin voto salvo el caso de empate (art. 57). Preside también la Asamblea Legislativa, por lo que era llamado, durante el período de la Confederación (1853-1860), "presidente *nato* del Congreso".

La Constitución argentina siguió aquí el esquema estadounidense: el desempeño del vicepresidente en el Senado tiene por fin darle algunas tareas, y evitar que en la Cámara alta una provincia pudiese perder un voto, si un senador de ella fuese electo presidente de tal cuerpo.

Este sistema provoca a menudo un conflicto de lealtades para el vicepresidente: ¿es un hombre del Poder Ejecutivo, o uno del Congreso? ¿Es un órgano extra poder, según sugiere Bidart Campos, o una magistratura híbrida, como oportunamente sostenía Ekmekdjian?

La Constitución lo ubica en la sección correspondiente al Poder Ejecutivo (art. 88 y siguientes). Esto es una clara indicación del órgano del Estado al cual se adscribe, según el mensaje constitucional.

§ 545. ***Acefalía presidencial.*** – El desempeño del Poder Ejecutivo debe ser constante, y ello, más que regla del derecho constitucional, lo es del derecho de necesidad. Esto explica que la Constitución haya detallado diferentes situaciones, y previsto la cobertura del cargo.

Cabe distinguir, en ese orden de ideas, tres supuestos principales: *a*) acefalía presidencial; *b*) acefalía vicepresidencial, y *c*) acefalía doble.

El art. 88, parte 1ª, se refiere a la acefalía del cargo de presidente, y dice: "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". Son diversos, pues, los motivos expresos que explican la asunción del cargo presidencial por parte del vicepresidente. Pero cabe estudiar también otra variable: la *inhabilidad.*

a) *Enfermedad.* Desde luego, se debe tratar de una enfermedad de gravedad tal que impida el desempeño de las funciones presidenciales. Esta alteración de la salud puede ser *física* o *mental*, dado que la Constitución no diferencia al respecto. Comprende, entonces, las hipótesis de demencia.

El problema, aquí, es *quién* determina si el presidente está enfermo y, además, la intensidad de su dolencia. Si el propio presidente lo reconoce, asume el vicepresidente, con la conformidad de aquél. Al contrario, si el presidente no admite estar enfermo, la Constitución guarda silencio para resolver la cuestión. La respuesta normativa se puede hallar sensatamente en el art. 75, inc. 32, donde se confiere competencias al Congreso para "hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina". Precisamente, se trata aquí de "poner en ejercicio" al Poder Ejecutivo federal, y lo normal sería efectivizar eso por medio de una ley.

b) *Ausencia de la Capital.* Según el actual art. 99, inc. 18, debe leerse "ausencia del país". Mientras se encuentre en éste, por tanto, no asume el vicepresidente (salvo que el presidente así lo requiriera).

Si el presidente viaja al exterior, debe asumir el vicepresidente, se haya realizado ese viaje con o sin autorización del Congreso.

c) *Muerte.* Implica la cesación de la vida. En medicina es discutido cuándo exactamente se produce el momento de la muerte, pero la definición de ésta no se prolonga demasiado.

d) *Renuncia.* Así llamada por el art. 88 de la Const. nacional (el 75, inc. 21, habla de *dimisión*), opera como factor de asunción del vicepresidente sólo si ha sido aceptada por el Congreso (y éste puede desecharla, según el art. 75, inc. 21, Const. nacional). Aunque el tenor literal del inciso parece referirse nada más que a la facultad del Congreso de aceptar o desechar "los motivos" de la dimisión, y no a ésta, es evidente que el texto comprende también a la decisión de renunciar, ya que el objeto del acto de control del Poder Legislativo debe versar tanto sobre las causales alegadas, como sobre el acto de dimitir.

e) *Destitución.* Naturalmente, se refiere al caso de declaración de culpabilidad mediante el *juicio político* (art. 59, Const. nacional), cuyo efecto primario es precisamente la destitución del acusado (art. 60).

f) *Inhabilidad.* No está comprendida en la primera parte del art. 88 de la Const. nacional, pero sí en la segunda, cuando al hablar de la doble acefalía –de presidente y vicepresidente– indica: "En caso de destitución, muerte, dimisión o *inhabilidad* del presidente y vicepresidente".

Corresponde, pues, incluir también en la acefalía presidencial a la hipótesis de *inhabilidad*, puesto que ella opera, sin duda alguna, en cuanto a la doble acefalía.

La *inhabilidad* es un concepto más extenso que el de enfermedad: comprende desde luego a ésta, pero también, según el diccionario, a la *incapacidad* e *ineptitud.* ¿Quiere esto significar que el presidente podría ser desplazado según un procedimiento por *inhabilidad* (art. 88) y según otro mecanismo, por *mal desempeño* (a tenor del juicio político del art. 53)? Aparentemente sí, ya que la misma norma –el art. 88– menciona los dos supuestos por separado: "En caso de *destitución*, muerte, dimisión o *inhabilidad*". De admitirse esta conclusión, ¿en qué se diferencia la *inhabilidad* del *mal desempeño*?

El texto constitucional no ha resuelto el problema. Desde el punto de vista semántico, se es *inhábil* para gobernar si el sujeto se desempeña mal. Para hallar alguna diferenciación, cierta doctrina entiende que la *inhabilidad* es una causal ajena a la voluntad del sujeto (p.ej:, enfermedad), mientras que el *mal desempeño* involucraría sólo actos intencionales.

g) *Otras causales.* Hay algunos casos que no importan enfermedad, dimisión, destitución, inhabilidad o muerte, como por ejemplo, un secuestro o detención, y la remoción mediante un golpe de Estado.

En sentido amplio, se pueden englobar estas hipótesis dentro de la idea de *inhabilidad* para desempeñarse (en cuanto a que, a raíz de ellos, el presidente está incapacitado para actuar). Es legítimo, pues, que el vicepresidente asuma los roles del Poder Ejecutivo en esas instancias, hasta tanto se pueda reincorporar el presidente titular.

§ 546. ***Acefalías permanentes y transitorias.*** – Se puede advertir que ciertos reemplazos del presidente son definitivos y otros son temporarios. Entre los primeros están, incuestionablemente, la muerte, la renuncia aceptada y la destitución constitucional. Entre los segundos, las ausencias, inhabilidades y enfermedades, pero, si la enfermedad es permanente, la asunción del vicepresidente también lo será. Asimismo, es factible que una ausencia o una enfermedad concluyan en la destitución mediante el juicio político, con lo cual el reemplazo será definitivo.

§ 547. ***Acefalía vicepresidencial.*** – Esta situación se plantea cuando no existe vicepresidente. El art. 88 prevé la vacancia vicepresidencial para los casos de "destitución, muerte, dimisión o inhabilidad". No se menciona la enfermedad, pero ésta puede perfectamente incluirse en la *inhabilidad.* Tampoco se alude a la ausencia, y esto es una laguna constitucional que hay que cubrir recurriendo, por vía de integración (§ 57), a la analogía: si provoca acefalía la ausencia del presidente del territorio nacional, también debe provocarla para el vicepresidente.

Como apunta Bidart Campos, hay otra hipótesis de acefalía vicepresidencial: que el vicepresidente asuma la presidencia, de modo definitivo.

La incógnita constitucional es si se debe llamar a elección de nuevo vicepresidente. La Constitución nada dice al respecto. En favor de la convocatoria podría sostenerse que es bueno que las magistraturas constitucionales estén completas y en ejercicio; en contra se afirma que promover una campaña electoral a

los fines de elegir al vicepresidente faltante, importa un costo político y económico nada desdeñable.

Teorías aparte, en la experiencia jurídica ha prevalecido el uso del no llamado a elección. Así, las vacancias vicepresidenciales por muerte de Marcos Paz (1868) y Pelagio Luna (1919); de renuncia, de Alejandro Gómez (1958) y Eduardo Duhalde (1991); o por haber asumido la presidencia: Carlos Pellegrini (1890), José E. Uriburu (1895), José Figueroa Alcorta (1906), Victorino de la Plaza (1914), Ramón Castillo (1942) y María Estela Martínez de Perón (1974). En cambio, rigiendo la Constitución de 1949, por fallecimiento del vicepresidente Hortensio Quijano (1953), fue electo Alberto Teisaire.

En síntesis, la costumbre constitucional avala la no convocatoria a elecciones; pero si se realiza, tampoco resultaría inconstitucional.

§ 548. ***Doble acefalía.*** – Ocurre cuando no hay presidente ni vicepresidente. Se la llama también *vacancia simultánea*, y está contemplada por la última parte del art. 88 de la Const. nacional: producida la destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente o 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".

A raíz de la muerte del vicepresidente Marcos Paz (2 de enero de 1868), hallándose el presidente Mitre en el Paraguay y en receso el Congreso, el país se encontró en la imposibilidad jurídica de atender la sucesión presidencial. El gabinete resolvió asumirlo, hasta tanto volviese Mitre, mediante un decreto dictado en acuerdo general de ministros. Fue, en rigor de verdad, un Poder Ejecutivo de facto y, además, colegiado.

Precisamente a raíz de esa situación, se dictó la ley 252, en el mismo año, llamada *de acefalía.* La discusión constitucional que ésta suscitó (y que se repite con la actual ley 20.972, modificada por ley 25.716) es si, según el texto del art. 88 de la Constitución, cuando dice (ante la doble acefalía) "el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la presidencia", debe hacerlo con arreglo a cada caso concreto (Sánchez Viamonte, De Vedia)

o puede prefijarlo por medio de una ley general (González Calderón, Linares Quintana, Quiroga Lavié).

La redacción de la Constitución permite cualquiera de las dos variables (Bidart Campos). El principio de funcionalidad (ver § 17) aconseja preferir la alternativa de la ley previa general, porque si hay doble acefalía y el Congreso está en receso, ¿quién lo convoca para designar presidente, de no haberse contemplado con anterioridad una solución?

La ley vigente, 20.972, con su modificatoria, concilia ambas vías. Ante la falta de presidente y vicepresidente, se instrumenta de inmediato un encargado del Poder Ejecutivo, siguiendo este orden: presidente provisorio del Senado, presidente de la Cámara de Diputados y presidente de la Corte Suprema de Justicia. Quien ejerza la presidencia del Senado debe convocar a la Asamblea Legislativa, la que se reúne por imperio de la propia ley dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al hecho que produjo la acefalía, para elegir presidente de la Nación.

El quórum inicial de la asamblea es de dos tercios de los miembros de cada Cámara del Congreso; y de no obtenerse, se reúne a las cuarenta y ocho horas siguientes, con simple mayoría de miembros de cada Cámara. La elección se hará por mayoría absoluta de los presentes. Si no se logra, la segunda votación se practicará entre aquellos dos candidatos que hubiesen obtenido el mayor número de sufragios. Si hay empate, se prevé una tercera votación y, de subsistir el empate, resuelve el presidente de la Asamblea, votando por segunda vez. El voto será siempre nominal. Todo debe quedar concluido en una sesión. El designado deberá prestar juramento ante el Congreso y, en su ausencia, ante la Corte Suprema.

Según el art. 4° de la ley 20.972 sólo son elegibles por el Congreso quienes reúnan las cualidades constitucionales del art. 89 de la Const. nacional, y desempeñe alguno de estos cargos: senador o diputado nacional, o gobernador de provincia.

En pro de la ley puede observarse que atiende algo urgente –la actuación de un encargado del Poder Ejecutivo– y contempla después la convocatoria a la Asamblea Legislativa, satisfaciendo así el nombramiento de un presidente. Como defectos, se apuntan: limitar (inconstitucionalmente) la nómina de eventuales candidatos a la presidencia, a los legisladores nacionales y gobernadores de provincia, ya que el art. 88 de la Const. nacional habla, al respecto, de *funcionario público*, sin esas limitaciones (además, los congresales no son *funcionarios* en sentido estricto); y no prevé qué ocurre si se produce un empate entre tres candidatos en la primera votación de la Asamblea Legislativa.

La ley 25.716 añadió que, si al tiempo de producirse la doble acefalía existiere presidente y vicepresidente de la Nación electos, ellos asumirán los cargos vacantes, y que, en tal caso, el tiempo transcurrido desde la asunción prevista por esta ley hasta la iniciación del período por el que hayan sido electos, no se computará a los efectos de la prohibición prevista por el art. 90 de la Const. nacional (ver § 540). Vale decir que el presidente "completante" del período inconcluso por la acefalía no está cumpliendo ningún tramo, a los fines de la prohibición de la triple reelección contemplada por el citado artículo constitucional.

C) El gabinete

§ 549. ***Los ministros y el gabinete nacional. Número. Nombramiento.*** – El cap. IV de la sección que la Constitución dedica al Poder Ejecutivo, se denomina "Del jefe de Gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo" (arts. 100 a 107). El art. 100 comienza así: "El jefe de Gabinete de Ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia".

El *gabinete nacional* está actualmente formado por el jefe de Gabinete de Ministros, los ministros secretarios, los secretarios de la presidencia de la Nación, y los secretarios de la Jefatura de Gabinete de Ministros que designe dicho jefe (art. 2°, decr. 977/95).

La Const. de 1853 estableció cinco ministerios, mencionándolos uno por uno. La reforma de 1898 amplió el número a ocho, dejando su estructuración a la ley ordinaria. A su turno, la reforma de 1994 dejó la regulación del número de ministerios a lo que disponga la ley respectiva (art. 100), solución que es acertada.

Los ministros y el jefe de Gabinete son nombrados y removidos por el presidente, "por sí solo" (art. 99, inc. 7). Sin embargo, el art. 100 indica que los ministros "refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia". Para cierta doctrina, la designación del ministro no requiere firma ministerial, en función del primer artículo citado (Bidart Campos). Sin embargo, el art. 100 es terminante, y un nombramiento ministerial sin firma de ministro carecerá de eficacia.

En la práctica, tales nombramientos tienen refrendo ministerial, salvo la del ministro designado en primer lugar por el nuevo presidente. Así, el decr. 1/89 designó ministro del Interior a Eduardo Bauzá y fue suscripto por el presidente Menem; el art. 2° del decreto disponía que "será refrendado por el señor escribano general de Gobierno de la Nación", quien efectivamente así lo hizo. Es una solución producto del derecho de necesidad, ya que antes de nombrar al primer funcionario de ese rango el presidente aún no tiene ministros.

§ 550. ***Duración y suplencias en el cargo de los ministros.*** Estos funcionarios no tienen *mandato* ni un plazo de actuación estipulado en el esquema constitucional; podrán desempeñarse indefinidamente.

Las causas de conclusión de su gestión son las de muerte, remoción por el Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 7°, Const. nacional), destitución mediante el juicio político (art. 60) o renuncia aceptada por el presidente. Si ocurre esto último, el ministro permanece en el cargo hasta que le sea aceptada la dimisión, como en cualquier relación de empleo público.

Cabe preguntarse si la renuncia puede ser rechazada por el presidente. Algunas veces ha ocurrido así, y eso implica un gesto de confianza o confirmación del titular del Poder Ejecutivo en su ministro. No obstante, si éste insistiera, la doctrina (Marienhoff) admite que el derecho a renunciar está implícitamente comprendido en el nombramiento y que, por tanto, no se le podría obligar a continuar indefinidamente en su gestión ministerial.

En materia de suplencias, el art. 7° de la ley 22.520 establece que por ausencia transitoria, por cualquier motivo, o vacancia, los

ministros serán reemplazados en la forma que determine el Poder Ejecutivo.

§ 551. ***El jefe de Gabinete de Ministros.*** – Con el fin explícito de morigerar los poderes del presidente de la Nación, la reforma constitucional de 1994 instrumentó aquel funcionario (arts. 100 y 101). El convencional Paixao, miembro coinformante del despacho mayoritario, aclaró en la Convención que la enmienda buscaba reducir el hiperpresidencialismo argentino, sustrayendo al presidente la jefatura administrativa de la República. La idea fue, de tal modo, "dentro del régimen presidencialista", lograr "una atenuación de las facultades del presidente". A éste, en definitiva, se le iba a "desagregar la jefatura administrativa".

En concreto, el *jefe de Gabinete de Ministros* fue pensado como titular de la "administración genérica del país", con poderes reglamentarios en tal área, a más de ser el puente entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, para lo cual se programó la concurrencia regular al Poder Legislativo ("Diario de Sesiones", p. 2211 a 2213, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4883 y 4884). Dicho jefe de Gabinete cumpliría además un rol técnico, como era, merced a la división de las tareas, asumir más dinámicamente la administración activa del país.

Respecto de sus cualidades, duración y nombramiento, no hay para este funcionario disposiciones que lo distingan de cualquier ministro. Como norma singular, el art. 100 *in fine* puntualiza que no podrá desempeñar simultáneamente otro ministerio. La regla es anómala, porque en el derecho comparado lo común es que un primer ministro, o figura parecida, pueda también asumir algún ministerio. El miembro coinformante en la Convención Constituyente de 1994 advirtió en cambio que se le dejaba exclusivamente la tarea de la administración general de la Nación.

§ 552. ***Responsabilidades y remoción del jefe de Gabinete de Ministros.*** – Este funcionario está sometido a una doble serie de responsabilidades, ante el presidente y el Congreso, propias del llamado "parlamentarismo orleanista".

a) Así, puede, al igual que cualquier ministro, ser destituido por el presidente de la Nación (art. 99, inc. 7). Esto quiere signi-

ficar que ante la menor discrepancia con el titular del Poder Ejecutivo, éste lo remueve, de ser su intención hacerlo; y puede nombrar otro jefe de Gabinete sin necesidad de contar con acuerdo alguno del Congreso.

b) Por otro lado, es responsable ante el Congreso, de modo particular según el art. 101 de la Const. nacional. Al efecto, puede primero ser interpelado "a los efectos del tratamiento de una moción de censura", por cualquier Cámara, y siempre que la censura se decida con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de esa Cámara. En este caso, la moción de censura concluye en el acto mismo de reprobación de esa sala, decisión que importa un pronunciamiento político sin trascendencias jurídicas de nulificación de actos o de conclusión de la gestión del jefe de gabinete de ministros.

Pero además, el Congreso es competente para *remover* al jefe de Gabinete, "por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras" (art. 101, Const. nacional). Esta parte del artículo tiene un problema, ya que el texto original, aprobado el 1º de agosto por la Convención, decía "por el voto de la mayoría absoluta *de la totalidad* de los miembros de cada una de las cámaras" ("Diario de Sesiones", p. 2703, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 5167), en tanto que el texto ordenado de la Constitución aprobado por la asamblea el 22 de agosto, y publicado en el Boletín Oficial el 23 de ese mismo mes, no incluyó las palabras "de la totalidad" (Petracca y Borello). La edición oficial, dispuesta por la ley 24.430 (ver § 259), tampoco lo hizo.

Aparte de lo dicho, también el jefe de Gabinete es pasible del juicio político (art. 53), pero en tal caso se requerirán los dos tercios de votos de los miembros presentes, en cada sala, para acusar y después destituir (arts. 53 y 59).

§ 553. *Atribuciones del jefe de Gabinete.* – Siguiendo el plan expositivo de Barra, pueden detectarse tres clases de competencias de este funcionario.

a) *Administrativas.* La más significativa, desde luego, es "ejercer la administración general del país" (art. 100, inc. 1, Const. nacional). También le toca efectuar los nombramientos de los empleados de la Administración, excepto los que correspondan al presidente (art. 100, inc. 3: entre los exceptuados, cabe mencionar, p.ej., los de jueces, a tenor del art. 99, inc. 7, como también los de ministros y empleos militares, art. 99, inc. 13); hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto (art. 100, inc. 7; bien que bajo la supervisión del jefe de Estado, art. 99, inc. 10), y cumplimentar las funciones y atribuciones que le delegue el presidente en materia administrativa, o resolver sobre ellas en reunión de gabinete, por indicación del mismo presidente (art. 100, inc. 4). El jefe de Gabinete no puede subdelegar las competencias que le delegue el presidente (art. 12, decr. 977/95).

b) *Materialmente legislativas.* En este orden le corresponde expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las atribuciones que le otorga el art. 100 de la Const. nacional, además de las que le delegue el presidente, con el refrendo del ministro del ramo al cual el acto o reglamento se refiera. El decr. 977/95 ha aclarado que esos actos y reglamentos del jefe de Gabinete se denominan "decisiones administrativas" (art. 7º).

También puede expedir el jefe de Gabinete "resoluciones", concernientes a los asuntos internos de su jefatura, que no requieren refrendo o legalización de los ministros (art. 8º, decr. 977/95).

Todas estas competencias son distintas a la facultad de reglamentar las leyes que tiene el presidente (art. 99, inc. 2, Const. nacional), mediante los decretos del caso, y que importan una actividad materialmente legislativa (ver § 569).

Una función que es propia del jefe de Gabinete es la de enviar al Congreso los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto, previo tratamiento en acuerdo del gabinete y aprobación del presidente (art. 100, inc. 6).

c) *Institucionales.* Estas competencias atañen al control del jefe de Gabinete de ciertos actos del presidente y a las relaciones con los otros poderes.

Al efecto, le corresponde *refrendar* (ver § 558) los decretos reglamentarios de leyes que dicte el presidente, como los que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso, o la convocatoria a sesiones extraordinarias, y los mensajes del presi-

dente que promuevan la iniciativa legislativa (art. 100, inc. 8). También, los decretos presidenciales que concretan facultades legislativas conferidas por el Congreso, bajo el control de la Comisión Bicameral Permanente de éste (art. 100, inc. 12).

Algunas veces el jefe de Gabinete tiene que refrendar ciertas decisiones del presidente, pero juntamente con los demás ministros ("acuerdo general de ministros"). Así, los que promulguen parcialmente leyes o sean de decretos de necesidad y urgencia, que serán sometidos en diez días a la referida Comisión Bicameral Permanente (art. 100, inc. 12).

Tiene igualmente que coordinar, preparar y convocar las reuniones del gabinete de ministros, presidiéndolas en ausencia del presidente (art. 100, inc. 5). El art. 2° del decr. 977/95 dispuso que esas reuniones pueden ser presididas por el vicepresidente de la Nación, si está ejerciendo la presidencia y resuelve concurrir.

Con relación al Poder Legislativo, cumple roles *especiales*, como concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar (art. 100, inc. 9), u *obligatorios*, como presentar junto con los ministros una memoria del estado de los negocios en cada ministerio, una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso (art. 100, inc. 10); producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cada cámara requiera al Poder Ejecutivo (art. 100, inc. 11), y concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus salas, para informar sobre la marcha del gobierno, y asistir a fines de ser interpelado o, en su caso, censurado (art. 101; ver § 552).

§ 554. ***Relaciones entre el presidente de la Nación y el jefe de Gabinete.*** – En esta materia se ha producido una significativa mutación constitucional.

La intención explícita del constituyente de 1994, al crear el cargo de jefe de Gabinete de Ministros, fue concluir con la hipertrofia presidencialista, y "desagregar la jefatura administrativa" del presidente. Desagregar, en español, significa "separar, desunir, disgregar, apartar una cosa de otra", lo que implicaba que fuese el jefe de Gabinete, y no el presidente, a quien le corresponde "ejercer la administración general del país" (art. 100, inc. 1,

Const. nacional; "Diario de Sesiones", p. 2212, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4884).

Sin embargo, una calificada doctrina, en especial proveniente del derecho administrativo, desmontó aquel programa constitucional. Para ello se recurrió a la distinción entre "titularidad" y "ejercicio" de las tareas administrativas, subrayándose que al jefe de Gabinete sólo le correspondía "ejercer" la aludida administración general, a tenor del mentado art. 100, inc. 1 (y no, como proponía la ley de convocatoria 24.309, "tener a su cargo" dicha administración, según el punto A del Pacto de Olivos). En resumen, el *titular* continuaría siendo el presidente.

Otro argumento pro presidencialista fue que según el art. 99, inc. 1, de la Const. nacional, el presidente sigue como jefe del gobierno "y responsable político de la administración general del país", todo lo cual le da una primacía jerárquica sobre el jefe de Gabinete, con derecho a reglamentar sus competencias, y aun de reasumirlas (Comadira, Canda), darle instrucciones (Cassagne), o avocarse a su ejercicio (Barra).

Esta tendencia se ha reafirmado con el dictado del decr. 977/95, del presidente de la Nación. Éste ha reglamentado, por sí mismo, las competencias del jefe del Gabinete, quien ahora es asistente del presidente (art. 1°). Sus decisiones y resoluciones son recurribles, y el presidente puede avocarse a la del punto debatido (art. 15). En otro orden de ideas, las reuniones de gabinete, que el art. 100, inc. 5, declara convocables por el jefe de Gabinete, lo son también por el presidente, según el art. 2°, párr. 2°, del decr. 977/95. Ante este panorama, se ha dicho que el jefe de gabinete es un "simple secretario del presidente" (Ekmekdjian).

§ 555. ***Relaciones entre el jefe de Gabinete y los ministros.*** – El art. 100 de la Const. nacional no definió expresamente las conexiones entre el jefe de Gabinete y los ministros, salvo cuando deja a éste la "administración general", sin que pueda ejercitar por sí mismo un ministerio en particular (art. 100 *in fine*).

El art. 1° del decr. 977/95 mantuvo parte de esa ambigüedad, ya que dispone que los ministros *asisten* tanto al presidente de la Nación como al jefe de Gabinete. Dicha asistencia será individual o en su conjunto, según los asuntos que al efecto determine la Cons-

titución o la ley de ministerios. De todos modos, es visible que jerárquicamente los ministros se hallan entonces bajo el jefe de Gabinete, pero cabe preguntarse qué significa en concreto tal primacía.

Sin embargo, y pese a ser el jefe de Gabinete responsable ante el Congreso de la Nación de, entre otras cosas, la administración general del país, no está habilitado actualmente para darle instrucciones obligatorias a los ministros, ni para removerlos, con lo que tiende más bien a ser un coordinador que un conductor de una gestión.

§ 556. ***Funciones de los ministros. Despacho de los negocios.*** – El art. 100 de la Const. nacional asigna a los ministros dos tareas obligatorias. El art. 104 agrega otra, también imperativa. El art. 106 suma una cuarta, opcional. El art. 71 agrega una quinta labor.

La primera función es la de tener "a su cargo el despacho de los negocios de la Nación" (art. 100). Por ello, el art. 104 los llama "ministros del despacho". Esta expresión es engañosa, ya que hacerse cargo del despacho importaría "*resolver* y *concluir* las causas y negocios", y el art. 103 impone al respecto una valla: '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".

Asimismo, la ley nacional de ministerios 22.520 (t.o. decr. 438/92) les asigna tareas *grupales* y *singulares*. Las primeras, como integrantes del *gabinete nacional*, son la de intervenir en la determinación de los objetivos políticos, en los programas y estrategias nacionales, en la asignación de prioridades y de preparación del proyecto de presupuesto, y en todos aquellos asuntos que le encomiende el Poder Ejecutivo de la Nación. En el ámbito singular, en su área específica (art. 4°, inc. *b*, ley 22.520) cada ministro elabora y suscribe los mensajes y proyectos de leyes, así como los de los decretos reglamentarios; y, además, le toca "resolver por sí todo asunto concerniente al régimen administrativo de su respectivo ministerio"; entender en la administración de fondos especiales concernientes a las áreas de su competencia; nombrar, remover y promover al personal de su jurisdicción en la medida en que lo autorice el régimen de delegaciones en vigencia, etcétera.

Más importante todavía, el art. 13 de la misma ley 22.520 indicó que el presidente puede delegar en los ministros facultades relacionadas con las materias que les competen, según lo que determine expresa y taxativamente el decreto respectivo. Esto importa, sustancialmente, una *imputación de funciones* más que una *delegación de atribuciones* (ya que la *delegación* se produce de un órgano a otro, y aquí sólo es *intraórgano*, o sea, en el mismo Poder Ejecutivo).

§ 557. ***Reglamentación de las leyes por parte de los ministros.*** – Uno de los puntos más discutidos, en torno de las competencias ministeriales, es la facultad de los ministros de reglamentar las leyes. En principio, esa atribución es sólo del presidente; el art. 99, inc. 2, de la Const. nacional se la confiere expresamente. Y así lo indicó la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema ("Labat", *Fallos*, 174:299; "Evoli", *Fallos*, 181:255, y "Raveglia y Jaeggi", *Fallos*, 184:660), compartida por la doctrina (Bidart Campos, Bielsa). Sin embargo, posteriormente el derecho consuetudinario constitucional ha autorizado esas reglamentaciones, salvo que fuesen contra la ley reglamentada ("Portillo", *Fallos*, 302:728).

Incluso ciertas leyes han conferido directamente a los ministros la posibilidad de legislar materialmente, por vía de delegación, llamada *de segundo grado* (no al Poder Ejecutivo, sino a un órgano de él), como hizo la ley 22.229; y ello ha sido convalidado por la Corte Suprema ("Cambios Teletur SA", *LL*, 1987-B-549, y "Witcel SA", *LL*, 1988-A-431), con el visto bueno de importante doctrina (Bidegain, Linares, Cassagne; ver § 575).

§ 558. ***Refrendo y legalización.*** – El segundo papel que encomienda el art. 100 de la Const. nacional a los ministros es refrendar y legalizar los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia.

Según ciertos diccionarios jurídicos de la época en que se dictó la Constitución, *refrendar y legalizar* son la misma cosa (Escriche). Sin embargo, resultaría absurdo que el constituyente haya empleado dos vocablos sinónimos, uno detrás del otro. Cabe suponer, por tanto, que ha querido diferenciarlos.

Hay consenso en que *legalizar* importa probar la autenticidad de una firma y el cargo de quien la ha hecho (Escriche). Por ello, el ministro desempeña primero un rol de tipo *notarial* o *fedatario*: acredita que un decreto, por ejemplo, está suscripto por el presidente de la Nación, o por quien está a cargo del Poder Ejecutivo. Desde esta perspectiva, la labor de ministro es formal (Romero).

El concepto de *refrendar* es discutido en el derecho constitucional argentino. Quiroga Lavié, por ejemplo, juzga que importa *autorizar* el acto presidencial, por lo que éste es, obviamente, un acto complejo, producto de dos voluntades (la del presidente y la del ministro refrendante). Al contrario, Linares Quintana niega tal concurrencia de voluntades, ya que en todo caso priva la del presidente (quien puede remover al ministro que no quiera, p.ej., autorizar un decreto). Una tercera postura enseña que el acto es complejo (por el refrendo), pero desigual (por la primacía de la voluntad presidencial –Bidart Campos–).

Nos adherimos a la teoría del acto complejo. Si no hay acuerdo de voluntades, el acto presidencial carecerá de *eficacia*, a tenor del art. 100 de la Const. nacional. Esto se puede interpretar de dos modos: que el acto del presidente es inválido (Quiroga Lavié) o inexistente, y que es válido, pero inejecutable o incumplible. Esto último es lo que se desprende de los antecedentes del art. 100 (cap. II, secc. 14, art. 4°, Const. de Francia de 1791, y art. 222, Const. española de 1812). De todos modos, inválido, inexistente o irrealizable, el acto presidencial, sin refrendo del ministro, carece de trascendencia jurídica práctica. Esto, como primera comprobación.

La segunda verificación es que, según el art. 102 de la Const. nacional, "cada ministro es responsable de los actos que legaliza". Esto importa, para nuestra doctrina, una responsabilidad jurídica y política, con proyecciones civiles y penales, todo ello traducible en el juicio político y en acciones judiciales posteriores. Por supuesto, ello solamente tiene sentido si el ministro hace *algo más* que certificar en el refrendo una firma y un cargo.

Para la Corte Suprema, los ministros, en términos institucionales, son mucho más que meros agentes de la Administración pública, o simples fedatarios de los actos del presidente, por su firma ("Cavallo", *Fallos*, 327:4376).

§ 559. ***La "memoria detallada".*** – El art. 104 de la Const. nacional dispone: "Luego que el Congreso abra sus sesiones, deberán los ministros del despacho presentarle una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos". El texto constitucional no exige informe oral, podría ser escrito.

Según el derecho consuetudinario constitucional, esta regla se cumplía, aunque con sensibles retardos, hasta la mitad del siglo XX. Posteriormente ha entrado en desuso.

§ 560. ***Concurrencia a sesiones del Congreso.*** – Aquí la Constitución prevé las siguientes variables.

a) *Concurrencia voluntaria*. Está contemplada por el art. 106: "Pueden los ministros concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar". El objeto de esta norma es que los ministros, que son "los que llevan la voz del presidente" (Montes de Oca), arrimen al Poder Legislativo el criterio del Poder Ejecutivo, y así, por ejemplo, eviten choques entre los dos órganos, o aporten ideas para luego tornar innecesario el veto a un proyecto de ley.

b) *Concurrencia obligatoria*. Está contemplada en el art. 71 de la Const. nacional y se la llama vulgarmente *interpelación*; se la hace a requerimiento de cualquiera de las cámaras (sobre el punto, nos remitimos al § 493).

§ 561. ***Gestión grupal.*** – Algunas veces un decreto ministerial puede estar refrendado y legalizado por más de un ministro (art. 7°, ley 22.520), en función de las materias que trata.

Además, es factible la actuación conjunta del gabinete, a requerimiento del presidente (art. 3°, ley 22.520), que puede ser informativa o deliberativa, con o sin el presidente, o concluir también en un decreto presidencial con refrendo ministerial múltiple, dictado *en acuerdo general de ministros*, obviamente con la intervención presidencial. Esto último importa un acto jurídico complejo.

La reforma constitucional de 1994 determinó que ciertos actos son necesariamente conjuntos entre los ministros y el jefe de

Gabinete (decretos de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes: arts. 100, inc. 13, y 99, inc. 3).

La última parte del art. 102 de la Const. nacional parecería prever un acto jurídico grupal de los ministros, sin participación del presidente de la Nación, ya que habla de los actos de un ministro "que acuerda con sus colegas". La única hipótesis de factibilidad constitucional de esta posibilidad es que, en lo relativo "al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos" (art. 103 *in fine*, Const. nacional), donde sí pueden actuar solos, pueden también dos o más ministros coincidir voluntariamente en una regulación conjunta.

§ 562. ***Incompatibilidades.*** – El art. 105 de la Const. nacional estatuye que los ministros "no pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos de ministros". El objeto de la prescripción es afianzar la separación de los poderes Ejecutivo y Legislativo, nota característica de los sistemas presidencialistas (en los parlamentarios, en cambio, los miembros del gabinéte forman habitualmente parte del parlamento).

Esta regla ha tenido en el derecho consuetudinario constitucional una aplicación curiosa. Si un ministro va al Congreso como diputado o senador, se aplica literalmente, y debe renunciar como ministro. Pero si un diputado o senador es designado ministro, ha sido frecuente que la Cámara respectiva le otorgara licencia en su función legislativa (tal modalidad se inició ya en 1854, con los senadores Zuviría y Galán; como caso más reciente, en 1989 puede citarse el del diputado Pugliese, entonces presidente de la Cámara baja; ver § 463). Esta práctica contradictoria ha sido calificada con acierto por Ekmekdjian como *pueril y discriminatoria.*

Algunas leyes han extendido las incompatibilidades ministeriales, por ejemplo, para ejercer la profesión de abogado en la jurisdicción nacional (ley 22.192).

§ 563. ***Inmunidades y prerrogativas. Sueldo.*** – La Constitución confiere a los ministros una significativa equiparación con el presidente y el vicepresidente de la Nación, en el sentido de que solamente son removibles mediante el *juicio público* (juicio político, en nuestro lenguaje corriente); del art. 53, lo que importa, según las prácticas locales, es que no pueden ser enjuiciados penalmente (ni, obviamente, arrestados) sin la previa destitución (arg. art. 60, Const. nacional). Nos remitimos en este tema al § 632.

El art. 107 de la Const. nacional dice: "Gozarán por sus servicios de un sueldo establecido por la ley, que no podrá ser aumentado ni disminuido en favor o perjuicio de los que se hallen en ejercicio". Es una norma similar a la del art. 92, relativa al presidente y vicepresidente (derivamos al lector a lo visto en el § 538).

Parte de la doctrina (Bielsa, Bidart Campos) entiende que cuando los ministros concurren al Congreso, por iniciativa propia o por convocatoria del Poder Legislativo, gozan también de las inmunidades y privilegios propios de diputados y senadores (ver § 481 y siguientes). La Corte Suprema juzgó que la garantía constitucional de la inmunidad de opinión de los legisladores amparaba también a los ministros cuando concurrían al parlamento para informar bajo requerimiento de una Cámara, o para participar en los debates sin voto, conforme a las alternativas previstas por los arts. 71 y 106 de la Const. nacional (ver § 560). En otras palabras, el alto tribunal, por analogía, extendió, en tales supuestos, a los ministros la prerrogativa parlamentaria del art. 68 ("Cavallo", *JA*, 2005-II-620).

§ 564. ***Responsabilidades.*** – El art. 102 de la Const. nacional puntualiza: "Cada ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas".

La norma prevé dos hipótesis de responsabilidad: una, derivada del refrendo y legalización de los actos del presidente (art. 100, Const. nacional; ver § 558), sea que en ese refrendo haya actuado un solo ministro, o todos (decretos "en acuerdo general de ministros"). La otra alternativa es la responsabilidad emergente de actos donde no interviene el presidente, sino conjuntamente los ministros (ver § 561).

También debe ser responsable el ministro de aquello que decida por sí mismo en lo concerniente al régimen administrativo de su propio ministerio, según la ley 22.520 (ver § 556).

La responsabilidad del caso puede ser política, según el juicio político (art. 53 y concs., Const. nacional), penal y civil (ver § 626).

§ 565. ***Secretarías y subsecretarías de Estado.*** – La ley de ministerios 22.520 (t.o. y reformado) instrumenta actualmente seis *secretarías* de la Presidencia de la Nación (General, Legal y Técnica, de Inteligencia, de Turismo, de Cultura, de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico). Sus titulares asisten al Poder Ejecutivo en forma directa (art. 9°, ley 22.520). También integran el gabinete nacional, con funciones similares a la de los ministros (art. 10) y a ellos puede el presidente delegarles facultades suyas, por vía de decreto (art. 13).

La creación de tales secretarías ha sido históricamente una respuesta del derecho constitucional consuetudinario al número fijo de ministros (ocho) establecido por el anterior art. 87 de la Const. nacional, y que resultaba insuficiente. De hecho, operan como cuasiministerios. Habiendo derivado la reforma de 1994 el número de ministerios a lo que disponga la ley (art. 100), han perdido en buena medida su razón de ser institucional.

D) Administración pública y fuerzas armadas

§ 566. ***Administración pública, centralizada y descentralizada.*** – Para el cometido de sus roles institucionales y la atención de los servicios prestados o regulados por el Poder Ejecutivo, se inserta en su órbita el grueso de la Administración pública (aunque ocasionalmente el Poder Legislativo pueda también cumplir algún papel en tal sentido, y lo haga el Poder Judicial en cuanto el servicio de justicia).

Dentro del Poder Ejecutivo, la reforma de 1994 ha recurrido a una fórmula confusa, al puntualizar que la administración general del país está ejercida por el jefe de Gabinete (art. 100, inc. 1), incluso con responsabilidad política ante el Congreso, pero que también el presidente es "responsable político de la administración general del país" (art. 99, inc. 1), supuestamente ante el mismo Congreso.

La Administración pública se divide en *centralizada* (ministerios, secretarías de Estado, subsecretarías, direcciones generales, departamentos, divisiones, etc.) y la *descentralizada*, a cargo de órganos que poseen ciertos poderes de iniciativa y decisión.

La Administración *descentralizada* asume distintos grados. Si se le concede personería jurídica, patrimonio propio y fin público al órgano descentralizado, se denomina *autárquico* (p.ej., los bancos nacionales y la Dirección General de Aduanas). Si carece de personalidad jurídica, el órgano en cuestión tendrá descentralización *jerárquica* o *burocrática* (Marienhoff). En nuestro país, numerosas empresas del Estado han sido constituidas como entidades autárquicas, aunque esto sea discutible.

Salvo que se trate de entes que la Constitución nacional encomienda al Congreso, en principio corresponde que sea el Poder Ejecutivo quien disponga si hay descentralización, y de qué tipo, en el cometido de funciones o actividades de su órbita, esto es, "de la administración general del país", según el citado art. 100, inc. 1, de la Const. nacional. Sin embargo, por vía del derecho consuetudinario constitucional, el Congreso ha instrumentado por ley múltiples regímenes de autarquía, basándose en el art. 75, inc. 32, de la Const. nacional (ver § 620).

Formalmente, el nombramiento y remoción de todos los empleados de la Administración pública que no tengan algún tipo especial de designación (como los jueces de la Corte Suprema o embajadores, o ciertos oficiales de las fuerzas armadas; ver § 601, 689 y 713), corresponde "por sí solo" al presidente de la República (art. 99, inc. 7, Const. nacional), aunque toca al Congreso "crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones" (art. 75, inc. 20).

La reforma constitucional de 1994 vuelve aquí a ser confusa, cuando, no obstante expresar en el art. 99, inc. 7, que el presidente nombra y remueve por sí solo a "*los empleados* cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución", añade en el art. 100, inc. 3, que al jefe de Gabinete le corresponde "efectuar los nombramientos de *los empleados* de la Administración, excepto los que correspondan al presidente".

§ 567. ***Situación institucional de las fuerzas armadas.*** – El art. 99, inc. 12, de la Const. nacional indica que el presidente: "Es comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación".

La doctrina administrativista habla con frecuencia del *órgano castrense*, entendiendo a las fuerzas armadas como una institución, aunque sin personalidad jurídica (Marienhoff). Pero Bidart Cam-

pos considera que se las puede conceptuar incluso como un órgano extrapoder.

Formalmente, dada la fuerte dependencia institucional que programa el mentado art. 99, inc. 12, las fuerzas armadas no son entidades autárquicas ni órgano extrapoder. Tampoco importan un *órgano* en sentido preciso, si por tal se califica a un sujeto del Estado encargado de emitir por sí la voluntad de aquél e imputar esa voluntad a la del Estado como persona jurídica (Messineo, Zampetti). Nos remitimos por lo demás, en cuanto a los roles de las fuerzas de seguridad, al § 710 y siguientes.

E) Productos del Poder Ejecutivo

§ 568. ***Distintos tipos de decretos.*** – La decisión presidencial se manifiesta jurídicamente por medio de *decretos*, no obstante que la Constitución se refiere a *instrucciones* y *reglamentos* en el art. 99, inc. 2. Sí aparece la voz *decretos* en el art. 21, con referencia a los que dicte el Poder Ejecutivo para convocar a funciones militares, y después de la reforma de 1994, para aludir a los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3), a los reglamentarios de leyes, prórroga de las sesiones del Congreso y convocatoria a extraordinarias (art. 100, inc. 8), o a los que regulan legislación delegada (art. 100, inc. 12), o promulgan parcialmente leyes (art. 100, inc. 13), etcétera.

No necesariamente el Poder Ejecutivo debe emplear decretos para expresar sus decisiones. Por ejemplo, el art. 99, inc. 15, refiere a *declarar* la guerra, y el inc. 16 a *declarar* el estado de sitio. Sin embargo, en los usos locales, el decreto es la vía regular de exteriorización de las resoluciones presidenciales.

En el derecho argentino se conocen cuatro clases principales de decretos del Poder Ejecutivo: *a*) de ejecución o reglamentarios; *b*) autónomos; *c*) delegados, y *d*) de necesidad y urgencia.

§ 569. ***Decretos de ejecución o reglamentarios. Naturaleza. Oportunidad.*** – Son los que dan nombre al Poder Ejecutivo, es decir, al órgano estatal encargado de instrumentar y efectivizar las leyes. Así, el art. 99, inc. 2, de la Const. nacional, entre las

competencias del presidente, puntualiza que "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". Esto es, derecho *complementario* de la ley.

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema, las disposiciones reglamentarias válidas integran la ley ("Azura e hijos", *Fallos,* 255:264), tienen su misma fuerza imperativa ("Gómez", *Fallos*, 303:1006), y resultan decisivas para su interpretación ("Próspero Puchulú", *Fallos*, 261:145). Materialmente, pues, los decretos de ejecución importan una tarea de índole legislativa a cargo del presidente, sumamente importante –casi siempre decisiva– para la eficacia de la norma aprobada por el Congreso. Sin reglamentación, la ley queda habitualmente congelada y sin operatividad.

El *momento* en que se debe dictar el decreto reglamentario, por supuesto posterior a la ley en cuestión, es asunto que surge de la prudencia política del presidente (salvo que la ley disponga un término imperativo para la reglamentación).

§ 570. ***Subordinación del decreto de ejecución a la ley.*** – El decreto reglamentario está jerárquicamente subordinado a la ley.

Según la Corte Suprema, tal dependencia, más que a la letra de la ley, lo es con relación al *espíritu* de ella ("Sociedad Máquinas Hoffman", *Fallos*, 287:150). Por eso, el texto legal puede ser modificado por el decreto en cuanto a sus modalidades de expresión, siempre que no afecte su sustancia ("Lopardo", *Fallos*, 264:206, y "Cía. Arg. de Electricidad", *Fallos*, 269:120). La sustancia de la ley, dice la Corte, atañe a su *espíritu* y a sus *fines* ("SRL Narden Argentina", *Fallos*, 280:18, y "Gravano", *Fallos*, 283:98).

La colisión entre el decreto y la ley se da en estas hipótesis.

a) *Desnaturalización de la ley.* Según la Corte, se presenta cuando el decreto excede el ámbito de la interpretación posible u opinable de la ley, optando por una solución fuera de ésta ("López", *Fallos*, 300:1167).

b) *Invasión de áreas legislativas.* Para el criterio de la Corte, ello ocurre si el decreto, so pretexto de perfeccionar las normas existentes, legisla en asuntos de competencia del Congreso ("Cía. Swift", *Fallos*, 300:880), por ejemplo, si al reglamentar una ley,

establece un sobreprecio sobre combustibles, está en verdad creando un impuesto ("SA Frigorífica Swift", *Fallos*, 266:53, y "CIAE", *Fallos*, 273:9).

Un caso típico de invasión se produce si el decreto reglamentario establece sanciones no programadas por la ley ("Elisei", *Fallos*, 292:382).

Corresponde observar, escribe Marienhoff, que el Poder Ejecutivo no está habilitado para reglamentar ciertas leyes: aquellas que no debe efectivizar por cuanto no se vinculan con la Administración pública; por ejemplo, el Código Civil, cuya dilucidación es materia del Poder Judicial.

§ 571. ***Decretos autónomos.*** – También llamados *independientes*, se fundaron en el antiguo art. 86, inc. 1, y no en el inc. 2, esto es, en las competencias del presidente de la Nación como encargado de "la administración general del país".

Esta explicación tiene ahora menos fundamento, ya que, según el art. 100, inc. 1, de la Const. nacional, quien ejerce "la administración general del país" es (o debiera ser) el jefe de Gabinete de Ministros. A éste, pues, le tocaría expedir –como regla– los decretos autónomos. El presidente podría hacerlo sólo respecto de sus poderes explícitos ajenos a los que competen al referido jefe de Gabinete (p.ej., art. 99, incs. 3 y 14), o a los poderes implícitos que tiene como jefe de Estado.

Sin embargo, conforme con la reducción institucional que ha experimentado el jefe de Gabinete de Ministros (ver § 554), el presidente continúa emitiendo sin dificultades decretos autónomos, con igual autoridad que antes. Incluso, mediante uno de ellos (977/95), ha regulado la actuación del jefe de Gabinete de Ministros.

Cuando el Poder Ejecutivo emite un decreto autónomo, no lo hace reglamentando una ley, sino ejerciendo competencias constitucionales propias (la denominada, por Marienhoff, "reserva de la Administración"), sean explícitas o implícitamente conferidas por la Constitución al presidente.

§ 572. ***Decretos delegados.*** – Antes de la reforma de 1994 existía una regla de derecho consuetudinario constitucional que había adosado al antiguo art. 67 la atribución del Congreso de delegar en el presidente roles legislativos, y al anterior art. 86, inc. 2, de la Const. nacional, la facultad presidencial de dictar decretos en materia de legislación, siempre que sean de asuntos determinados, no importen cesión o transferencia perpetua, e incluyan ciertas directrices acerca de cómo debe legislar el presidente. La regla de derecho consuetudinario no era clara sobre los topes de la delegación; varias sentencias de la Corte Suprema habían consentido delegaciones en sentido amplio ("Radio Suipacha", *Fallos*, 300:272; "Laboratorios Anodia", *Fallos*, 270:47, y *LL*, 127-1122, 15.538-S; "Nación Argentina c/Novello", *Fallos*, 218: 331; "Lares", *Fallos*, 243:276, y "DGI c/De Ángelis", *Fallos*, 304:440).

A fines de 1993, en "Cocchia" (*LL*, 1994-B-633), la mayoría de la Corte Suprema distinguió entre los *reglamentos* (decretos) de ejecución "adjetivos", que emite el Poder Ejecutivo para poner en práctica las leyes, cuando es necesaria alguna actividad de la Administración pública, y los *reglamentos* (decretos) de ejecución "sustantivos", que, aunque no importarían transferencia de competencias del Congreso al presidente, dejan en manos de éste "la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, según el juicio de oportunidad temporal o de conveniencia de contenido que realizará el poder administrador", pero conforme al estándar de clara política legislativa que el Congreso fije, según su "lógica explícita o implícita, pero siempre discernible, que actúa como un mandato de imperativo cumplimiento por parte del Ejecutivo". Éstos también tenían cabida en el antiguo art. 86, inc. 2, de la Const. nacional.

La mayoría de "Cocchia" produjo el último intento de dar algún barniz de constitucionalidad formal a la prácticamente consumada delegación de atribuciones parlamentarias en el presidente. Fue la reforma de 1994 la que tuvo que rendirse ante la evidencia de los hechos, y procurar un encuadre de ese fenómeno.

§ 573. ***La reforma constitucional de 1994.*** – Ésta normó explícitamente los decretos delegados, utilizando una fórmula harto criticable, ya que por un lado (art. 76) los excluyó y por otro los permite en términos bastante amplios. En efecto, el precepto dispone que se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, "salvo en materias determinadas de administra-

ción o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca".

Las pautas regulatorias de estos decretos son las siguientes.

a) *Materias*. No pueden abarcar *toda* la potestad del Congreso en materia administrativa, sino solamente "determinados" aspectos de ésta. Pero la ley de delegación podría cubrir *muchos* asuntos "determinados" de administración. Dromi y Menem explican que la delegación en rubros administrativos sólo podría referirse a "la marcha normal y ordinaria de la Administración", pero tal salvedad no surge del art. 76 de la Const. nacional.

También es materia delegable lo referente a asuntos "de emergencia pública", expresión muy amplia, que no refiere en realidad a materias, sino a la índole (estado de emergencia) del problema. En resumen, el texto parecería permitir delegaciones legislativas en cualquier ámbito, de haber emergencia pública. No obstante, se ha observado que si el presidente no está habilitado para emitir decretos de necesidad y urgencia en materia penal, tributaria, electoral o de partidos políticos (art. 99, inc. 2, Const. nacional), por analogía tampoco debería estarlo para dictar decretos delegados (Cassagne). Tal argumentación, basada en el principio interpretativo a fortiori, es convincente.

En tal sentido, la Corte Suprema reputó inconstitucional la delegación legislativa realizada por el art. 59 de la ley 25.237, que autorizó a la Jefatura del Gabinete de Ministros a fijar valores o escalas para determinar el importe de unas tasas, sin puntualizar al respecto límite o pauta alguna ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución. El alto tribunal añadió que los aspectos sustanciales del derecho tributario no son delegables legislativamente, según el art. 76 de la Const. nacional ("Selcro SA", *Fallos*, 326:4251).

b) *Plazo*. El Congreso debe fijar un término para el ejercicio de la legislación delegada. Nada impide que éste sea prorrogado. De no hacerlo, se ha sugerido que rija el lapso de cinco años, que una disposición transitoria de la Constitución (la octava) reserva para la legislación delegada preexistente a la reforma. Por nuestra parte, concluimos que si el Congreso emite la determinación del plazo de la delegación, incumple un requisito para su validez, y ella termina inconstitucional.

El art. 76 añade que la caducidad del plazo de duración de la delegación "no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa". Según el convencional García Lema, miembro coinformante del despacho mayoritario, "el sentido de esta previsión es aclarar que los efectos de los actos del Poder Ejecutivo, cumplidos en ejercicio de atribuciones delegadas por leyes, no podrán ser revisados en cuanto el uso de la delegación legislativa" ("Diario de Sesiones", p. 2218, *Obra de la Convención Nacional constituyente 1994*, t. V, p. 4887). Una aplicación literal de esta directriz podría sugerir que la judicatura no estaría habilitada para revisar la constitucionalidad de tal delegación o de su ejercicio, extremo por cierto inaceptable. La única manera sensata de entender el texto es que el vencimiento del término de delegación no quita –en principio– validez a los actos consumados bajo el período de tal delegación.

c) *Pautas*. La ley delegante debe "suministrar un patrón o criterio claro para guiar al organismo administrativo al cual se transfieren facultades" (convencional García Lema, "Diario de Sesiones", p. 2218, *Obra de la Convención Nacional constituyente 1994*, t. V, p. 4887). La ley 26.122 determina que el Poder Ejecutivo no puede reglamentar las bases legales a las que debe sujetarse tal poder delegado (art. 11).

d) *Formas*. El decreto delegado es del presidente de la Nación, refrendado por el jefe de Gabinete (art. 100, inc. 12, Const. nacional). El aludido miembro coinformante aclaró en el recinto de la Convención de 1994, que no necesita el refrendo del resto de los ministros. A la Comisión Bicameral Permanente del Congreso le toca, según el mencionado art. 100, inc. 12, controlar el decreto delegado.

La ley 26.122 establece que a los diez días de emitido un decreto de delegación legislativa, éste debe someterse a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente. Por su parte, la Comisión debe expedirse sobre la validez o invalidez del decreto, su procedencia formal y su adecuación a la materia y bases de

la ley de delegación, y al plazo fijado para su ejercicio (arts. 12 y 13).

Al nuevo art. 76 debe sumarse una disposición transitoria, la octava, que dispone un término de caducidad de cinco años para la legislación delegada preexistente a la reforma. Ello significa un *blanqueo* o admisión del constituyente de los decretos delegados, bajo una condición resolutoria (el vencimiento de los cinco años, desde la vigencia de la reforma). No obstante, de haber ratificación por el Congreso, el decreto seguirá en vigor, por el término que el mismo Congreso fije, y que también eventualmente es prorrogable, conforme indicamos.

Ante el vencimiento de aquel término constitucional, la ley 25.418, primero, y después la ley 25.645, de 2002, prorrogaron por tres y dos años, respectivamente, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o emergencia emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 (entre la que se abarcaba toda "materia asignada por la Constitución nacional que se relacione con la administración del país") y se aprobó, también, toda la legislación delegada anterior a la aludida reforma constitucional (art. 4°, ley 25.418). En 2004 fue prorrogado este sistema por la ley 25.918; y en 2006, por la ley 26.135, por tres años a partir del 24 de agosto de 2006.

§ 574. ***Subdelegación.*** – Se discute si el Poder Ejecutivo, ejerciendo atribuciones legislativas delegadas por el Congreso, puede a su vez delegarlas en una repartición ubicada bajo su órbita. La respuesta de la doctrina es negativa (*delegata potestas non potest delegari*), salvo que la ley permitiese tal endoso de funciones.

En "Bruno", la Corte Suprema determinó que si la ley había conferido al Poder Ejecutivo una atribución de integrar leyes penales en blanco, no era válido su ejercicio por medio del Ministerio de Comercio (*Fallos*, 238:589); pero, en "Ufito", convalidó una reglamentación hecha por la Secretaría de Comercio e Industria, aunque sin entrar en el tema de la subdelegación (*Fallos*, 304:1900). No hay, pues, reglas claras de derecho consuetudinario en el tema.

La subdelegación va, en principio, contra la ley de delegación y contra la directriz del art. 100, inc. 12, que al requerir el refrendo del jefe de Gabinete de Ministros de "los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso", solamente admitiría delegaciones legislativas instrumentadas por decretos del presidente y convalidados por el jefe de gabinete.

§ 575. ***Delegación de segundo grado. Comunicados telefónicos.*** – Ella ocurre cuando la ley de delegación deposita la facultad legisferante no en el presidente, sino en un ministro (p.ej., ley 22.229), en una dependencia subministerial o en entidades autárquicas (Inspección General de Justicia, ley 22.315; Banco Central de la República Argentina, leyes 21.526 y 21.547; Comisión Nacional de Valores, ley 17.811; Secretaría de Comercio e Industria, leyes 19.508 y 22.802, etcétera).

La postura negatoria indica que si sólo el Poder Ejecutivo puede reglamentar las leyes (art. 99, inc. 2, Const. nacional), no podrían las entidades inferiores a él dictar leyes. Sin embargo, buena parte de la doctrina ha consentido la delegación de segundo grado (Bidegain, Linares, Cassagne, Bielsa) y la Corte Suprema también las permite ("Delfino", *Fallos*, 148:430; "Novich", *Fallos*, 169:209; "Nación Argentina c/Novello", *Fallos*, 218:331, y "Peralta", *LL*, 1991-C-518, entre otros).

Una curiosa manifestación normativa son los *comunicados telefónicos*, verdaderas normas emitidas por el Banco Central de la República Argentina (ley 21.526, decr. ley 4776/63, leyes 20.539 y 21.547), reguladas por la circular interna 2251/89, que deben ser confirmados por *comunicaciones* de dicha institución, a publicar más tarde en el "Boletín Oficial". Si las circunstancias lo requieren, tales comunicados telefónicos tienen vigencia inmediata, antes de tal publicación.

Después de la reforma de 1994, este tema persiste polémico. Por un lado, en el seno de la Convención Constituyente, el miembro coinformante por la mayoría, García Lema, habló como posible ente delegado por el Congreso, del "organismo administrativo al cual se transfieren facultades" ("Diario de Sesiones", p. 2218, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4887) con lo que, aparentemente, puede haber delegación legislativa en un ministerio o institución gubernativa. Pero, según advertimos (§ 574), el art. 100, inc. 12, exige que los actos emitidos en virtud

25. Sagüés, *Manual*.

de una delegación del Congreso provengan del presidente (mediante decreto) con refrendo del jefe de Gabinete de Ministros.

§ 576. ***Decretos de necesidad y urgencia.*** – Son dictados por el Poder Ejecutivo sobre temas que la Constitución reserva al Congreso (por eso se los llama también *decretos leyes*), sin previa autorización o delegación de éste. Su número se ha acrecentado últimamente, aunque ya los hubo desde mediados del siglo pasado. Hasta la presidencia de Alfonsín, se calcula que fueron quince. Otros tantos se dictaron durante la gestión de este último. Durante la administración del presidente Menem se pronunciaron, hasta agosto de 1994, más de trescientos (Ferreira Rubio y Goretti). De la Rúa pronunció sesenta y tres, y en los tres primeros años de la presidencia de Néstor Kirchner, fueron doscientos uno ("La Nación", 24/5/05 y 14/6/06).

La materia que abordan es variada: el decr. 5765/62 trató el tema de la intervención de cónsules extranjeros en las sucesiones intestadas. El decreto del 4 de junio de 1880 trasladó la Capital Federal a Belgrano. El decr. 102.843/41 disolvió el Concejo Deliberante de la ciudad de Buenos Aires. El decr. 1906/85 creó el *austral*; el decr. 714/89 implantó el estado de sitio, etcétera.

Antes de la reforma de 1994, se discutía en la Argentina si eran o no constitucionales.

En "Peralta" (*LL*, 1991-C-158), la Corte Suprema convalidó los decretos de necesidad y urgencia, reputándolos constitucionales, al tratar el decr. 36/90, que permitió que el Estado se apropiase de la mayor cantidad de fondos depositados en bancos, en certificados a plazo fijo, y transformarlos en bonos del Estado pagaderos a diez años. La Corte Suprema los consideró constitucionales siempre que mediasen tres factores: *a*) real situación de gravísimo riesgo social; *b*) necesidad de decidir la medida tomada, y *c*) no adopción por parte del Congreso de medidas contrarias.

La inflación de los decretos de esta clase ha generado una nueva modalidad, que llamamos "decreto de conveniencia". Formalmente, se trata de uno que el Poder Ejecutivo emite como de necesidad y urgencia, pero que notoriamente no reviste tal carácter, pronunciándose sólo por motivos de mera utilidad y conveniencia. Así, por ejemplo, el decr. 2424/91, dictado "para evitar

que se produzca un tratamiento fiscal más gravoso", y porque "se ha considerado conveniente" (sic) incorporar a la ley de impuesto de sellos una alícuota especial.

§ 577. ***Nuevas reglas constitucionales.*** – La Convención de 1994 reglamentó los decretos de necesidad y urgencia, para "impedir que existan prácticas paralelas al sistema constitucional", y con el propósito de ajustarlos a determinados requisitos que significaban una profunda modificación al statu quo previo (miembro coinformante del despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 2218, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4887). Estas exigencias son las que siguen.

a) *Materias.* No deben tratar temas penales, tributarios, electorales o de régimen de partidos políticos (art. 99, inc. 3, Const. nacional). En "Levy" (*LL*, 1998-B-521), la Corte Suprema entendió que un decreto de necesidad y urgencia que se refería al destino y afectación de un tributo, sin modificar la relación jurídica existente entre el mismo y los contribuyentes, no era de naturaleza impositiva, sino estrictamente presupuestaria.

En cambio, en "Zofracor" (*Fallos*, 325:2394) estimó que los beneficios otorgados por el decreto de necesidad y urgencia 285/99 significaban el ejercicio de facultades tributarias (aduaneras, impositivas o del régimen de seguridad social), que eran propias del Congreso y no del presidente, por lo que aquél resultaba jurídicamente nulo.

b) *Situación de hecho.* El inciso constitucional demanda la concurrencia de varios presupuestos fácticos: razones de *necesidad* y *urgencia* que configuren "circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes". En consecuencia, no serían constitucionales los decretos que no atendieran un verdadero caso de estado de necesidad, que a su vez demanden una solución impostergable, y que no pudieran observarse los trámites corrientes de producción de leyes. Precisamente, en "Video Club Dreams" (*JA*, 1996-I-258), la Corte Suprema descalificó un decreto de aquella índole por entender que no había un estado de cosas que genuinamente configurara una hipótesis de necesidad que justificase crear un impuesto sobre los videos. Debe mediar, pues,

una situación de "rigurosa excepcionalidad" ("Zofracor", *Fallos*, 325:2394). Así, en "Verrocchi", el alto tribunal explica que, para emitir válidamente un decreto de necesidad y urgencia (DNU), debe configurarse alguna de estas circunstancias: que sea imposible dictar la ley mediante el trámite común previsto por la Constitución, o que la situación que requiere una solución legislativa sea de tal urgencia que deba resolverse inmediatamente, en un plazo incompatible con el propio de trámite normal de las leyes ("Verrocchi", *Fallos*, 322:1726). En el caso de los decrs. 770 y 771, de 1996, el tribunal entendió que tales hechos no se configuraban, y que ellos eran inválidos.

En "Leguizámón" (*Fallos*, 327:559), la Corte ha sido más severa al admitir los decretos de necesidad y urgencia "únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deben ser conjuradas sin dilaciones... (y que configuren) un estado de excepción y el impedimento a recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes...".

c) *Formas.* El art. 99, inc. 3, ha disciplinado la emisión de estos decretos requiriendo la voluntad conjunta del presidente, del jefe de Gabinete y de la totalidad de los ministros (se emiten "en acuerdo general" de éstos). En una segunda etapa, el jefe de Gabinete, "personalmente y dentro de los diez días", tiene que someter el decreto al estudio de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición debe respetar la proporción de las representaciones políticas de cada cámara. La Comisión debe elevar su dictamen en diez días al plenario de cada sala, para su expreso tratamiento, el que tendrá que ser "de inmediato" considerado por las cámaras. Concluye el inciso señalando que una ley especial, sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara, regula el *trámite* y los *alcances* de la intervención del Poder Legislativo.

La regla constitucional está bien intencionada, aunque peca de poca eficacia. En definitiva, ha postergado para una ley especial determinar qué ocurre si las salas del Congreso no tratan o no aceptan el decreto de necesidad y urgencia (p.ej., por entender que no hay necesidad urgente o que lo dispuesto vulnera materialmente la Constitución). No especifica si el decreto tiene un período

de validez, y si el silencio del Congreso importa que aquél rige mientras no sea dejado sin efecto por el Poder Legislativo. Tampoco resolvió el tema del veto presidencial a un proyecto de ley derogatorio de un decreto de necesidad y urgencia. En síntesis, demasiadas incógnitas para un tema harto importante. No obstante, el texto constitucional (art. 99, inc. 3) permite concluir que si cada cámara debe tratar de modo *expreso* y *de inmediato* el despacho que les eleve la Comisión Bicameral, eso significa que el inciso ha previsto un trámite específico para el análisis por el Congreso de los referidos decretos.

En concreto, si el estudio debe ser "de inmediato" y por las dos salas, ambas se encuentran en paridad de condiciones: ninguna podría tener prioridad (p.ej., como cámara de origen) sobre la otra. Además, el tratamiento "de inmediato" lleva a entender que basta una simple aprobación por cada sala, para que el decreto de necesidad y urgencia quede convalidado, sin seguir el trámite regular de sanción de las leyes. A su vez, bastaría que una cámara lo rechace, para que el decreto quede muerto. Al mismo tiempo, no cabrían aprobaciones o rechazos tácitos o fictos, ya que cada cuerpo debe someterse a un tratamiento "expreso". Finalmente, ninguna decisión de las cámaras sería vetable, ya que no se trata, cabe repetirlo, de un trámite de sanción de ley.

La ley 26.122 ha dispuesto en su art. 10 que la Comisión Bicameral Permanente debe expedirse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado, y elevar su dictamen al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento (ver § 458).

Además, y con reglas procedimentales comunes para los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes, dispone (art. 17 y ss.), que tienen vigencia de conformidad a lo dispuesto por el art. 2° del Cód. Civil (vale decir, desde su publicación oficial y a partir de la fecha que determinen, si no lo hacen, ocho días después de la referida publicación); que si el jefe de Gabinete no los remite a la Comisión Bicameral, ella puede abocarse de oficio a su tratamiento, debiendo pronunciarse en diez días hábiles; y que si la Comisión no se expide en tal término, las cámaras podrán hacerlo de oficio, de forma expresa y de inmediato.

Conforme con la Constitución, la misma ley establece que las salas del Congreso tienen que expedirse de modo explícito por el rechazo o aprobación, mediante resoluciones de cada una de ellas (art. 22). Pero exige el rechazo de las dos cámaras para derogar al decreto (art. 24), cuando en verdad basta el disenso de una sola de ellas para concluir que el Congreso –que es bicameral–, no lo acepta (el acuerdo parlamentario importa un acto complejo que exige entonces la conformidad de las dos salas).

Según el esquema de la ley 26.122, mientras no sea derogado el decreto, continúa en vigencia. Esto es una solución discutible, pero no necesariamente inconstitucional, ya que el art. 99, inc. 3, dejó el punto a criterio de la regulación legislativa.

Lo dicho no impide que, en los casos sometidos a su decisión, el Poder Judicial repute inconstitucional un decreto de necesidad y urgencia si viola las reglas sobre materias o presupuestos de hecho exigidas por la Constitución, o si infringe los recaudos formales apuntados.

Sin embargo, la doctrina de la Corte Suprema ("Rodríguez, Jorge", *LL*, 1997-F-884) es, en parte, distinta: reputó cuestión política no justiciable lo que hace el análisis por parte del Congreso, de la oportunidad y acierto de la emisión del decreto por el presidente (quedan justiciables, no obstante lo referente a su pronunciamiento formal y sobre el fondo de lo que disponga el decreto; también el consid. 24 del voto mayoritario de esta sentencia deja abierta la posibilidad de una revisión judicial amplia de la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia, si es requerida por alguien afectado concretamente por el mismo).

Vale recordar que, en "Müller", la Corte Suprema concluyó que, si el Congreso había derogado un decreto de necesidad y urgencia, significa que lo tuvo por válido (*Fallos*, 326:1138). La tesis merece matizarse de este modo: si el Poder Legislativo lo deroga porque entiende que no medió un verdadero estado de necesidad que hubiese justificado el DNU, ello no implica que lo haya tenido por válido. Tampoco si lo elimina por considerar que invadió competencias prohibidas para el presidente por el art. 99, inc. 3, de la Const. nacional. Solamente puede conjeturarse que lo tuvo por válido si lo deroga afirmando que el régimen jurídico establecido por el decreto merece ser sustituido por otro mejor, o que

simplemente no hay razón para que continúe en rigor, a criterio del Congreso.

Conviene tener presente, además, que en "Provincia de San Luis", la Corte Suprema advirtió que, si existía una ley de delegación legislativa emitida según el art. 76 de la Const. nacional, el Poder Ejecutivo debía pronunciar decretos delegados en función de esa ley, y no decretos de necesidad y urgencia que se apartasen de las pautas de la delegación legislativa, salvo que mediasen circunstancias *posteriores* a esa ley que autorizasen excepcionalmente el DNU (*Fallos*, 326:417).

§ 578. ***Decretos denominados "secretos".*** – Al igual que las otras leyes secretas (ver § 521), existen decretos no publicados en el Boletín Oficial. Según Risolía, por ejemplo, durante el período de 1972-1973 casi uno de cada cuatro decretos del Poder Ejecutivo tenía tal característica. Incluso se han dispuesto arrestos (¡y libertades!) por medio de esos decretos.

Esta clase de decreto es inconstitucional en un régimen republicano (art. 1º, Const. nacional). No obstante, están convalidados (ilegítimamente) por el derecho consuetudinario local.

§ 579. ***Productos de la actividad ministerial.*** – Las decisiones de los ministros se denominan habitualmente *resoluciones*, siguiendo la terminología del art. 103 de la Const. nacional. También ellos y sus funcionarios subalternos expiden *reglamentos*, *circulares* e *instrucciones*, con eficacia en el ámbito interno de cada departamento de Estado.

Debe recordarse también que el decr. 977/95 habilita al jefe de Gabinete a dictar "decisiones administrativas" y "resoluciones" (arts. 7º y 8º; ver § 553).

CAPÍTULO XIV

PODER JUDICIAL Y MINISTERIO PÚBLICO

A) ESTRUCTURA, INTEGRACIÓN Y OPERATIVIDAD DEL PODER JUDICIAL

§ 580. *INTRODUCCIÓN.* – La Secc. III, de la Parte 2ª, de la Const. nacional se titula: "Del Poder Judicial", y está compuesta de dos capítulos: "De su naturaleza y duración" y "Atribuciones del Poder Judicial".

La Constitución sigue aquí el modelo estadounidense, y esto importa desde el inicio una opción política importante: erigir un *poder* específico, dentro de la estructura del Estado, para asumir la función judicial.

En esta concepción, el poder es *político*, porque puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, actos y normas, y así controlar a los otros dos poderes del Estado.

De todos modos, en los esquemas estadounidense y argentino es bien claro que el Poder Judicial es el políticamente más débil de los tres programados por la Constitución. Hamilton, en *El Federalista*, recuerda que no tiene ni las armas ni el tesoro: "No posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos".

El peso político del Poder Judicial reside en el respeto que le tengan los demás poderes del Estado y en el prestigio que encuen-

tre en una comunidad. Ese prestigio es producto de la justicia, prudencia y, sobre todo, de la imparcialidad de sus decisiones.

§ 581. ***Las cortes federales.*** – El art. 34 de la Const. nacional se refiere en términos generales a las *cortes federales*, como los órganos del Poder Judicial de la Nación. El art. 108 añade que ese Poder "será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación". Por su parte, el art. 75, inc. 20, deja en manos del Congreso "establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia".

En síntesis, la Constitución estructura dos cuerpos tribunalicios: la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los demás *tribunales inferiores* a ella, a determinar por ley. La expresión *cortes federales* del art. 34 de la Const. nacional, cubre a cualquiera de todos estos entes; pero en la práctica, la expresión *cortes federales*, en plural, no se usa.

§ 582. ***Corte Suprema de Justicia de la Nación. Su supremacía.*** – La Constitución se refiere a este organismo en varios artículos: 75, inc. 20, 108, 110 a 113, 116 y 117. Es, pues, un tribunal expresamente creado por la Constitución nacional.

Según su propia jurisprudencia, la condición de *suprema* significa que sus decisiones son finales, lo que implica ser el tribunal de última instancia en el país, por lo que ningún otro puede revocarlas ("Hilandería Olmos", *Fallos*, 307:1709, y "Guarda", *Fallos*, 307:1601). Es la *intérprete final* de la Constitución, y *supremo custodio de garantías constitucionales* ("Pérez de Smith", *Fallos*, 297:338). También, por supuesto, es la intérprete final de todo el derecho argentino. En definitiva, es la cabeza del Poder Judicial federal ("Venini", *Fallos*, 286:17).

No obstante lo señalado, el art. 66 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), vigente para la Argentina, según la ley 23.054, que tiene rango constitucional (art. 75, inc. 22, Const. nacional), crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, cuya sentencia (que puede versar sobre asuntos concernientes a los derechos mencionados por el Pacto, resueltos por

la Corte Suprema) será "definitiva e inapelable". El fallo de la Corte Interamericana, en resumen, puede dejar sin efecto una sentencia de nuestra Corte Suprema, con lo cual ésta ha perdido, en la materia de la mencionada Convención, carácter de suprema.

La condición de intérprete final de la Constitución por la Corte Suprema experimenta un fuerte replanteo si el Congreso, al ejercitar el juicio político contra alguno de los jueces de aquélla (ver § 626), lo acusa, para removerlo, de haber practicado una interpretación de la ley suprema opuesta a la propia Constitución, configurativa, por ejemplo, de "mal desempeño" como factor de destitución. En tal hipótesis, el Senado, como juez del juicio político, va a determinar si la interpretación realizada por el alto tribunal justifica o no la remoción de uno o más de sus jueces, con lo que, indirectamente, se perfila la Cámara alta como verdadera intérprete suprema de la Constitución (además, lo que resuelva el Senado puede implicar un sugestivo aviso, en materia de interpretación, para el nuevo juez que cubra la vacante del exonerado).

Con el fin de mantener el principio de división de los poderes y, al mismo tiempo, el de responsabilidad de los gobernantes, bueno sería que no fuese el parlamento el "juez" del "juicio político" contra jueces de la Corte Suprema. Se da así la paradoja de que el órgano controlado puede remover al órgano de control de constitucionalidad. Hasta tanto ello cambie, el Senado solamente podría atacar la interpretación de la Constitución realizada por el alto tribunal, si reputara que éste o alguno de sus integrantes incurrió allí en delito. En cambio, si se sostiene que el Senado también puede destituir a un juez de la Corte Suprema, por considerar que la interpretación que éste ha hecho de la Constitución configura "mal desempeño", a todas luces es el Senado el intérprete final de la ley suprema, alternativa nada sistémica y muy poco recomendable para el Estado de derecho. La sentencia (por mayoría) de la Corte Suprema en "Moliné O'Connor" (*JA*, 2004-III-496; ver § 630) se inclina, lamentablemente, a aceptar esa discutible facultad senatorial.

Sobre la obligación de los tribunales del país (y de ella misma) de seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema, remitimos al § 300, h.

§ 583. ***Condiciones de elegibilidad.*** – El art. 111 de la Const. nacional determina: "Ninguno podrá ser miembro de la Corte Suprema de Justicia, sin ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio, y tener las calidades requeridas para ser senador".

Se trata de un recaudo de idoneidad el aquí demandado: la tenencia del diploma de abogado "de la Nación". Esta expresión debe entenderse como egresado de alguna universidad habilitada por la República para expedir dicho título habilitante, o reconocido por la Nación para desempeñarse como tal en nuestro país, no obstante provenir el diploma de un centro de estudios extranjero.

El acceso a la Corte Suprema exige ocho años *de ejercicio*; no es suficiente, pues, estar inscripto en una matrícula de abogados, o simplemente haber obtenido el diploma. El texto requiere práctica profesional (Bidegain). Ekmekdjian señala que no se satisfaría el precepto con el desempeño de tareas judiciales, pero tal exégesis parece ser harto restrictiva, cuando no injusta y discriminatoria.

Sobre los requisitos senatoriales, no todos ellos son en realidad exigibles. El recaudo económico ha sido derogado por el derecho consuetudinario (ver § 442).

Parte de la doctrina (Bidart Campos, Bidegain), siguiendo jurisprudencia de la Corte Suprema ("Bianchi y Cía.", *Fallos*, 248:398), explica que por ley no se podrían añadir otros recaudos para acceder al máximo tribunal, aparte de los contemplados por el citado art. 111. Reiteramos aquí nuestra opinión en contrario, siempre que la reglamentación sea razonable y de espíritu republicano (p.ej., no estar condenado por delito doloso, ni inhibido de disponer de sus bienes).

§ 584. ***Número de sus miembros.*** – La Constitución de 1853-1860 determinó el número concreto de miembros de la Corte: nueve jueces y dos fiscales. La reforma de 1860 borró tal disposición y dejó el número en manos del Poder Legislativo. La ley 27 estableció cinco jueces y un procurador general. La ley 15.271 fijó su cantidad en siete miembros, que fueron nuevamente reducidos a cinco por la ley 16.895.

La ley 23.774 elevó el número a nueve (igual que los de la Corte Suprema estadounidense), y el procurador general de la Nación no forma parte de ella. Esa ampliación, explicable en principio si la Corte se dividía en salas para decidir la enorme cantidad de causas que atendía (más de seis mil por año), se ha deslegitimado en el grueso de la sociedad argentina, según las encuestas usuales, donde se insinúa que tal aumento tuvo fines partidistas y perjudicó la imparcialidad del tribunal (ver "La Nación", 15/3/92). Finalmente, por ley 26.183 el número volvió a ser de cinco, necesitándose tres votos coincidentes para emitir una sentencia. La misma norma contempla un régimen transicional de reducción gradual de los siete jueces que estaban en funciones al sancionarse, y del quórum para decidir. El número de los magistrados del tribunal depende del tipo y cantidad de tareas que se le asignen (ver § 588).

A éstos se los denomina usualmente *ministros*. La Constitución los llama "miembros de la Corte Suprema" (art. 53), "magistrados de la Corte Suprema" (art. 99, inc. 4) o "jueces de la Corte Suprema" (art. 110). El art. 21 de la ley orgánica del Poder Judicial de la Nación (decr. ley 1285/58 y sus modificatorias) dice que "la Corte Suprema de Justicia de la Nación está compuesta por nueve jueces".

§ 585. ***Conjueces.*** – Para los casos de recusación, excusación, vacancia o licencia de los jueces de la Corte Suprema, el tribunal se integra mediante sorteo entre los presidentes de las cámaras nacionales de apelación en lo federal de la ciudad de Buenos Aires, y los de las cámaras federales del resto del país. Si no se integrare de tal modo, se practicará sorteo entre una lista de conjueces. Éstos, que son diez, resultan designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Deben reunir las condiciones constitucionales para acceder a la Corte, y su nombramiento tiene una duración de tres años; pero si están actuando en una causa, se prorroga hasta que ella se resuelva (art. 22, ley orgánica del Poder Judicial de la Nación).

§ 586. ***Juramento.*** – El art. 112 de la Const. nacional está dedicado a este acto: "En la primera instalación de la Corte Suprema, los individuos nombrados prestarán juramento en manos del presidente de la Nación, de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que pres-

cribe la Constitución. En lo sucesivo lo prestarán ante el presidente de la misma Corte".

§ 587. ***Presidencia y vicepresidencias de la Corte Suprema.*** El derecho constitucional formal habla del cargo de presidente de la Corte Suprema (p.ej., art. 112 *in fine*), pero no aclara quién lo nombra.

El derecho constitucional consuetudinario determinó que hasta 1930 fuese designado por el presidente de la Nación. En ese año, el presidente de facto (Uriburu) juzgó que tal nominación era competencia de la propia Corte, y ésta aceptó tal criterio. Dos años después, el presidente Justo pensó que era atribución del Poder Ejecutivo, y por decreto nombró a Roberto Repetto, quien ya era presidente de la Corte, pero por voluntad de ésta. En 1947, la Corte Suprema resolvió que su presidencia rotaría entre los jueces, cada tres años, según orden de antigüedad.

Según el reglamento para la justicia nacional (acord. del 17/12/52 y sus modificatorias): "El presidente y los vicepresidentes primeros y segundos serán elegidos por mayoría absoluta de los ministros del tribunal y durarán tres años en el ejercicio de sus funciones".

La designación del presidente por la propia Corte es algo natural a todo cuerpo autónomo, como las cámaras del Congreso eligen a sus autoridades. Es apropiado, entonces, que se haya regulado por el reglamento que la Corte dictó según el art. 113 de la Const. nacional (Gallo).

§ 588. ***División de la Corte Suprema en salas.*** – El art. 23 de la ley orgánica de la justicia nacional (decr. ley 1285/58, según ley 15.271), dispuso facultar a la Corte Suprema de Justicia dividirse en salas, según el reglamento que al efecto dicte, pero alertó que "la Corte actuará en tribunal pleno en los asuntos en que tiene competencia originaria y para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad".

Por acord. 44/89, la Corte reputó que su división en salas es inconstitucional, siguiendo a buena parte de la doctrina (Bidart Campos, Linares Quintana). Nunca puso en ejercicio, por lo demás, la facultad que le otorgó la ley 15.271.

El tema da lugar a distintos enfoques. La división en salas se justifica por razones de especialización, y siempre que el cúmulo de tareas de la Corte sea muy gravoso. Ello permitiría, en principio, mayor calidad y expeditividad en los fallos. La posibilidad de sentencias contradictorias entre las salas puede resolverse mediante adecuadas convocatorias a tribunal pleno. Todo ello hace que la aludida división no prive de jerarquía al tribunal, sino todo lo contrario. Prestigiosos tribunales supremos europeos y americanos operan de este modo, con éxito y reputación.

Al contrario, si el alto tribunal tuviese trabajo reducido (merced al *writ of certiorari*, o atribución de no atender asuntos carentes de trascendencia), la división en salas pierde necesidad.

Normativamente, la Constitución no prohíbe ni promueve la división en salas. Es cierto que el art. 108 habla de "*una* Corte Suprema", pero la asignación de causas en varias salas no afecta la unidad del cuerpo, que podría actuar en su conjunto ("en pleno") cuando lo decidiese, y de modo obligatorio sobre inconstitucionalidad de normas.

§ 589. ***Aparato administrativo de la Corte Suprema. El "amicus curiæ".*** – Actúan en ella secretarios (en número que determina la Corte) que, según el reglamento para la justicia nacional, deben reunir las cualidades para ser juez de las cámaras de apelaciones y tienen su jerarquía, remuneración, condición y trato (art. 88). Existen secretarías *judiciales* (arts. 99 y 100, reglamento) ocupadas en el trámite de esos expedientes y secretarías de superintendencia (acords. 8/84 y 25/84).

Actúa igualmente la Corte con *secretarios letrados* (conocidos también como *secretarios relatores*) y *prosecretarios letrados*, quienes a los efectos remuneratorios, previsionales y de trato son equiparados a los jueces de primera instancia, al igual que el prosecretario de la Corte Suprema (art. 102 bis, reglamento). Constituyen de hecho la *junior court*, que prepara el grueso de los proyectos de sentencias de la Corte.

Por fuera de su personal, la acord. 28/04 de la Corte Suprema aceptó la actuación del *amicus curiæ* ("amigo del tribunal"), persona física o jurídica de reconocida competencia que voluntaria y desinteresadamente puede expresar sus opiniones en asuntos que

revistan interés general o trascendencia colectiva. Su opinión no obliga a la Corte.

§ 590. ***Tribunales inferiores a la Corte Suprema. Cámaras de apelaciones y juzgados de primera instancia.*** – Al momento de entrar en funciones la Corte Suprema (1863) no existían bajo ella (en el orden nacional) otros tribunales que los juzgados federales de primera instancia. El aumento del número de expedientes justificó la creación de entes intermedios entre esos juzgados y la Corte. De ahí la creación, después de la ley 1893 (año 1886), de cámaras de apelaciones en el ámbito del Poder Judicial de la Nación.

En la Capital Federal se crearon *juzgados nacionales de primera instancia* en lo contenciosoadministrativo federal; civil y comercial federal; criminal y correccional federal; civil; comercial; criminal de instrucción; criminal de sentencia, correccional; de menores; de trabajo; penal económico, y en lo penal de rogatorias (art. 32, ley orgánica).

En las provincias, los *jueces federales de primera instancia* (art. 49), llamados tradicionalmente *de sección*, tienen muchas veces competencia universal en lo federal, pero en otros casos (p.ej., Rosario), algunos conocen en lo penal y otros, también federales, en lo restante.

Paralelamente, el último Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), que instrumentó el juicio oral en el ámbito federal y nacional, ha creado (ley 24.050) nuevos órganos tribunalicios, como una *Cámara Nacional de Casación Penal*, que juzga en los recursos de inconstitucionalidad, casación y revisión, y en el recurso del art. 445 bis del Cód. de Justicia Militar (art. 23); *jueces de ejecución en lo penal*; *tribunales orales de menores* y *tribunales orales en lo criminal* (estos últimos son colegiados y juzgan, en principio, en única instancia), todo ello a más de los jueces federales y cámaras de apelaciones (art. 24 y siguientes).

§ 591. ***Situación jurídica de los jueces de la Capital Federal.*** – Puede advertirse que en la Ciudad de Buenos Aires hay magistrados *federales*, que atienden las causas de competencia federal (art. 116, Const. nacional), y otros *nacionales*, que se ocupan de

las propias de la justicia ordinaria (esto es, propias de las provincias). Pero algunos fueros (p.ej., en lo penal económico) operan en los dos ámbitos.

Esa distinción ha sido criticada por autorizada doctrina, la que sostiene que la razón para que existan dos *justicias* tiene explicación en el territorio de las provincias, pero no en el de la Capital Federal. Conceptualmente, sin embargo, no es impropio diferenciar ambas situaciones en la Capital de la Nación, partiendo del supuesto, eso sí, de tratarse (en todos los casos) de jueces que forman parte del Poder Judicial de la Nación, y que gozan de la misma estabilidad y prerrogativas. Así lo dispone, por lo demás, la ley orgánica de la justicia nacional (arts. 1° y 3°).

Actualmente se programa la transferencia de la justicia ordinaria nacional de la ciudad de Buenos Aires a la órbita de esta Ciudad Autónoma, hipótesis viable según el art. 129 de la Const. nacional. Sin embargo, un juez nacional de ese fuero ordinario no podría ser compelido a aceptar desempeñarse como juez de la Ciudad autónoma (art. 110, Const. nacional).

§ 592. ***Tribunales integrados por jurados.*** – Tres veces se refiere la Constitución a juzgados constituidos por jurados. El art. 24 indica: "El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados". El art. 75, inc. 12, obliga al Congreso a dictar "leyes generales para toda la Nación... y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados". Por último, el art. 118 explica: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito".

De estas prescripciones se desprende, primero, que la Constitución propició tribunales compuestos por jurados, aunque no indicó su grado de actuación o sus modalidades, que pueden variar sensiblemente. En segundo lugar, que el Poder Legislativo debía dictar una ley con vigencia en todo el país, al estilo, por ejemplo, de la ley de ciudadanía o de concursos, para juzgar por jurados las causas penales. El art. 75, inc. 12, parece, incluso, programar una

ley federal, con tribunales eventualmente también federales, sobre dichos jurados. En tercer término, que el juzgamiento del caso se debía, en principio, realizar en el territorio provincial donde se hubiese cometido el delito.

No obstante el largo tiempo transcurrido desde la sanción de la Constitución nacional, el Congreso no dictó la ley reglamentaria de los jurados. La Corte Suprema, por su parte, indicó que las directrices constitucionales no imponían al Congreso un término perentorio, con lo que su instrumentación concluía discrecional para éste ("Loveira", *Fallos*, 115:92; "Tribuna Demócrata", *Fallos*, 208:21, y "Tiffemberg", *Fallos*, 208:225). A nuestro entender, el mandato constitucional es claro y conminante, pero la renuencia del legislador a cumplirlo ha sido evidente, lo que provoca una derogación por vía de derecho consuetudinario (*desuetudo*) de aquellas reglas. En resumen, los tribunales por jurados, si se implementan, no son inconstitucionales –por tratarse de un tema procesal reservado a la discrecionalidad del legislador–; pero ya no sería factible una *ley general* sobre jurados en materia criminal (o de otra índole), con vigencia en toda la República.

Por lo demás, las bondades del juicio por jurados son discutibles si el propósito es obtener pronunciamientos sensatos, jurídicamente fundados e imparciales.

Al mismo tiempo, si resultan arbitrarias las sentencias sin debido fundamento y motivación (§ 329), ¿qué podrá decirse de las que dicte un jurado, que no explica ni da razones de su veredicto condenatorio o absolutorio, emitiendo su pronunciamiento, quienes lo integran, exclusivamente sobre la base de sus íntimas convicciones? Al respecto, el único fallo emitido por un jurado que resultaría compatible con la Constitución (según el desarrollo dado en el derecho argentino a la exigencia de fundamentación para que haya sentencia constitucionalmente válida, respetuosa del debido proceso), exigiría que aquél resultase motivado y ajustado a derecho.

Alguna provincia ha incorporado el régimen de los "escabinos" (legos que se suman a la integración del tribunal de iure formado por letrados). Ello no vulnera la Constitución (y es un régimen híbrido entre jueces togados y jueces populares), siempre que los referidos escabinos fundamenten sus conclusiones, o se adhieran a los votos de los jueces abogados que contengan la debida fundamentación (ver § 127).

§ 593. ***¿Unidad de jurisdicción?*** – El art. 109 de la Const. nacional proclama: "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas". En consonancia con éste, el art. 23 indica que durante el estado de sitio "no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas".

El objetivo de esas normas es claro: afianzar la independencia de los poderes y reservar las tareas judiciales al Poder Judicial. La Constitución enfatiza tales directivas: "En ningún caso" cabe que el titular del Poder Ejecutivo (y desde luego, algún órgano de él) asuma esas funciones.

§ 594. ***Problemática constitucional de los tribunales administrativos.*** – A numerosos órganos de la Administración pública varias leyes les han otorgado atribuciones de tipo judicial, configurándose así la llamada *jurisdicción administrativa*. Casos como el Tribunal Fiscal de la Nación, el Tribunal Municipal de Faltas, la Dirección Nacional de Migraciones y el Banco Central de la República Argentina, por citar sólo algunos, han exhibido tal carácter: al aplicar sanciones, interpretar y efectivizar normas, etcétera.

En el *leading case* "Fernández Arias c/Poggio" (*Fallos*, 247:646), la Corte Suprema admitió estos tribunales "destinados a hacer más efectiva y expedita la tutela de los intereses públicos, habida cuenta de la creciente complejidad de las funciones asignadas a la Administración". En resumen, los justificó en "el premioso reclamo de los hechos", y para lograr "una Administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia". Esto significó una interpretación mutativa mixta: la Corte borró la prohibición del art. 109 de la Const. nacional, e insertó en su lugar una norma que permite la actuación de los tribunales administrativos, sujeta a dos condiciones básicas: que en ellos el justiciable tenga derecho a interponer un recurso ante un tribunal judicial ("Molinos Río de la Plata", *Fallos*, 247:676; "Banco de Río Negro y Neuquén", *Fallos*, 303:1776; "Moyano", *Fallos*, 296:65, etc.), y que en el proceso administrativo se respete el principio de defensa en juicio ("Fiocchi", *Fallos*, 297:456).

En el año 2005, en un significativo pronunciamiento, la Corte Suprema adoptó una interpretación restrictiva respecto de los tribunales administrativos, ya que ellos vulneran los arts. 18 (derecho de defensa en juicio) y 109 (desempeño de funciones judiciales por el Poder Ejecutivo) de la Const. nacional ("Ángel Estrada y Cía.", *LL*, 2005-D-439). Alerta, también, que no cualquier controversia puede ser derivada válidamente a esos organismos, y previene que quien debe tener siempre la última palabra en los conflictos decididos por ellos son los jueces ordinarios.

§ 595. ***Caso de los tribunales militares.*** – La *justicia militar* se ocupa tanto de la *jurisdicción penal* militar, como de la *jurisdicción disciplinaria* militar.

La jurisprudencia de la Corte Suprema estableció que los tribunales castrenses serán constitucionales cuando fueren creados por el Congreso, en virtud de su atribución de dictar las normas para la organización y gobierno de las fuerzas armadas (art. 75, inc. 27, Const. nacional); y que sus jueces no forman parte del Poder Judicial federal, aunque sean jueces de la Nación ("Á. de Hernández", *Fallos*, 149:175; "P. A. Quiroga", *Fallos*, 101:359; "González Victorica", *Fallos*, 241:342, etcétera).

Por haber materia federal en juego (esto es, lo concerniente a la seguridad de la Nación), los procesos castrenses son de competencia federal al versar sobre puntos regidos por las leyes de la Nación (art. 116, Const. nacional). El Congreso pudo asignar su conocimiento a la judicatura federal (Bidart Campos), o a tribunales militares, a tenor del art. 75, inc. 27, en donde debían regir los principios de derecho constitucional procesal enunciados, por ejemplo, en el art. 18 de la Const. nacional. Por lo demás, regía para estos tribunales la jurisprudencia convalidatoria sentada respecto de los administrativos, en cuanto al *control judicial suficiente* (ver § 594).

No obstante lo expuesto, en el caso "Ramón López", resuelto el 6 de marzo de 2007, la Corte Suprema produjo un cambio copernicano en esta materia, al sostener por el voto mayoritario que, al carecer los jueces militares que tienen a su cargo la jurisdicción penal militar, de genuina independencia respecto del Poder Ejecutivo, no son "jurisdicción" en sentido preciso, perfilándose en cambio como entes meramente administrativos y, por ende, resultan inconstitucionales en razón de la prohibición contenida en el art. 109 de la Const. nacional (que prohíbe al presidente arrogarse funciones judiciales). A ello se añadió que los inculpados carecen del derecho a una defensa profesional libremente escogida.

Este importante fallo, de notorias consecuencias en la estructura militar, importa una interpretación mutativa de la Constitución, en el sentido que abandona una exégesis tradicional de la ley suprema, y se inclina por un concepto estricto del juez imparcial e independiente que demanda el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica. Importa, en verdad, una recreación de la Constitución a la luz de nuevas valoraciones garantistas. La sentencia no excluye una jurisdicción especializada para lo militar, siempre que sea independiente e imparcial.

B) Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento

§ 596. ***El Consejo de la Magistratura. Razones de su creación constitucional.*** – La reforma de 1994 instrumentó dos organismos muy significativos, como son el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento (arts. 114 y 115).

El miembro coinformante del despacho mayoritario, Paixao, legitimó ambos institutos a partir de la constatación de una profunda y triple crisis del Poder Judicial federal: técnica, institucional (por la antigüedad de su diseño) y política, originada en la pérdida de la confianza pública en las magistraturas más importantes. En concreto, expuso que la sociedad argentina reclama mayor transparencia en el régimen de nominación de jueces, mayor eficacia en los mecanismos de control y remoción de ellos, y mayor confiabilidad en su gestión, que además debía ceñirse a sus objetivos primarios: resolver los casos sometidos a su conocimiento.

Con referencia al Consejo de la Magistratura, la asamblea tuvo dos miras principales. Una, revertir la tendencia que había concentrado en la Corte Suprema la totalidad de los poderes de administración de la judicatura, incluyendo los reglamentarios, disciplinarios y de gestión, alterando así la genuina función, como tribunal de justicia. La otra fue sanear el régimen de designaciones, mediante concursos públicos de los aspirantes a jueces infe-

riores a la Corte. En cuanto a ésta, se mantiene el procedimiento tradicional, pero se eleva el número de senadores necesario para aprobar la propuesta del Poder Ejecutivo, con el objeto de lograr un consenso más pluralista y exigente ("Diario de Sesiones", p. 2219 y 2220, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4888).

§ 597. ***Composición.*** – Ante la falta de acuerdo de las dos principales fuerzas políticas (justicialismo y radicalismo) que suscribieron el Pacto de Olivos (preludio del proceso reformista de 1994), la Convención Constituyente no especificó en detalle la integración del Consejo de la Magistratura. Paixao dio solamente directrices generales, aclarando que éste debía tener una conformación equilibrada, con injerencia de los poderes democráticos y de los estamentos vinculados con la actividad forense, entre los que se encuentran los jueces, pero sin que se llegue a un organismo autogestionario (es decir, que los magistrados judiciales no debían, por sí solos, administrar el Consejo).

La Constitución dispuso que "el Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley" (art. 114, párr. 2º). Esta ley *especial*, de acuerdo con el mismo art. 114, debe ser sancionada "por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

El tema de la integración del Consejo dio lugar a un largo debate político y jurídico, ya que el "equilibrio" requerido por el art. 114 da lugar a varias interpretaciones. Queda claro, eso sí, que no debe significar predominio absoluto de jueces en el Consejo, ya que ello conduciría a la autogestión judicial, cosa que el constituyente quiso evitar. Pero tampoco puede significar el manejo indirecto del Consejo por los partidos políticos, por ejemplo, con una fuerte presencia de consejeros nominados por los poderes Ejecutivo y Legislativo, puesto que eso implicaría un retorno disimulado al sistema anterior, que precisamente la asamblea constituyente quiso también abandonar, en aras de sanear el mecanismo de reclutamiento de magistrados.

Este asunto, por cierto el más conflictivo, se resolvió primero por la ley reglamentaria 24.937 y su "correctiva" 24.939 y después, por la ley 26.080, estableciendo que está compuesto por trece personas. Ellas son: *a*) tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema proporcional D'Hont, tendrá que haber igualdad entre jueces de primera instancia y de cámara, y asegurarse la representación de jueces del interior del país; *b*) tres diputados y tres senadores, dos por la mayoría y uno por la primera minoría de cada cámara; *c*) dos representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de ellos; *d*) un representante del Poder Ejecutivo, y *e*) un representante del ámbito académico y científico, profesor titular de cátedra de derecho de facultades nacionales con reconocida trayectoria y prestigio, electo por el Consejo Interuniversitario Nacional (art. 2º, según ley 26.080).

Esta integración es muy criticable. No satisface el requisito del *equilibrio* en la representación de los distintos grupos (jueces, órganos políticos de elección popular, abogados, académicos y científicos) que componen el Consejo, según la exigencia del art. 114, dado que existe un notorio predominio de los miembros de partidos políticos (seis legisladores más un representante del Poder Ejecutivo: siete vocales sobre trece), y una muy reducida presencia de jueces (tres), todo ello en un Consejo "de" la Magistratura, encargado del gobierno del Poder Judicial y programado por el constituyente, paradójicamente, para afianzar la independencia y legitimidad de este poder (ver § 596).

§ 598. ***Atribuciones del Consejo.*** – En el derecho comparado hay múltiples versiones del Consejo de la Magistratura. En algunos casos opera como órgano de preselección o de designación de jueces; en otros, igualmente los remueve (caso de Río Negro, en la Argentina). Pero también tiene facultades de gobierno y administración del Poder Judicial (España). Ocasionalmente, asume competencias materialmente legislativas, dictando reglamentos concernientes al funcionamiento de la judicatura (Colombia).

La reforma argentina de 1994 creó en verdad un "superconsejo", con enormes competencias.

a) Preselección de postulantes a magistraturas inferiores a la Corte Suprema (art. 114, inc. 1), mediante concursos que deben

ser públicos. Aquí opera como jurado del concurso, y de resultas de éste tiene que elaborar una terna de candidatos, que es *vinculante* para el Poder Ejecutivo (art. 114, inc. 2). Por tanto, explicó el miembro coinformante del despacho mayoritario, Paixao, el presidente debe *obligatoriamente* elegir un candidato de esa terna ("Diario de Sesiones", p. 2220, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4888). Después el Senado dará o no el acuerdo respectivo a tal nominación.

b) Administración del Poder Judicial (art. 114, párr. 1). Administra los recursos y ejecuta el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia (art. 114, inc. 3).

c) Poderes de gobierno, al ejercer (aparte de lo dicho) facultades disciplinarias sobre magistrados y decidir la apertura del procedimiento de remoción de éstos, en su caso ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente (art. 114, incs. 4 y 5), ante el jurado de enjuiciamiento.

d) Poderes legislativos, ya que el Consejo dicta "los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia" (art. 114, inc. 6). La Constitución no aclara qué ocurre si uno de estos *reglamentos* colisiona con una ley (hipótesis en la que, en el caso de la Constitución de Colombia, prevalece la ley). De acuerdo con el art. 31 de la Const. nacional deberá darse prioridad a la ley.

La ley reglamentaria ha previsto dos modos de actuación del Consejo: por comisiones y por pleno.

a) *Comisiones*. Se prevén cuatro. La primera es la de Selección de Magistrados y Escuela Judicial.

El mecanismo de preselección de los aspirantes opera con un examen escrito tomado por un jurado, quien después remite su dictamen a la Comisión de Selección, la que calificará los antecedentes de los concursantes. Ésta corre vista a los postulantes, para formular impugnaciones. Con ello, y demás antecedentes de los aspirantes, la Comisión entrevista a los interesados y elabora el proyecto de terna, con un informe. El plenario del Consejo puede revisar las calificaciones de los exámenes escritos y de los antecedentes.

El plenario expide su decisión por mayoría de dos tercios de los miembros presentes, la que es irrecurrible (art. 13). El trámite no debe durar más de noventa días hábiles desde la prueba de oposición.

El régimen descripto nada dice en cuanto a si no se logran los dos tercios de votos para definir la situación de uno o varios de los postulantes. Tampoco aclara la ley un tema discutido anteriormente en la doctrina, acerca de si el Poder Ejecutivo podría rechazar la terna remitida por el Consejo de la Magistratura, hipótesis que entendemos inadmisible, por ser dicha terna *vinculante* para él según el art. 114 de la Const. nacional. Pero sí contempla la ley la hipótesis de que el Senado no preste acuerdo al candidato propuesto, lo que importa el llamado a un nuevo concurso (art. 13).

La decisión del Consejo, al resultar según la ley "irrecurrible", no debería ser cuestionable por vía de amparo o por otra ruta procesal, judicial o administrativa. Sin embargo, cierta jurisprudencia admite el amparo contra decisiones del pleno del Consejo de la Magistratura, en materia de concursos (CNContAdmFed, Sala IV, *JA*, 2002-II-680).

El art. 13 de la ley 24.937, según la ley 26.080, establece que esta Comisión está, asimismo, a cargo de la Escuela Judicial, encargada de atender a la formación y perfeccionamiento de los funcionarios y los aspirantes a la magistratura.

La segunda Comisión del Consejo es la de Disciplina y Acusación. Debe conformarse con un representante de los abogados, dos senadores, dos diputados, dos jueces, el vocal académico y el representante del Poder Ejecutivo (art. 12). Las sanciones disciplinarias a los magistrados (cuya aplicación propone la Comisión y resuelve el Consejo en pleno) son las de advertencia, apercibimiento y multa hasta el 30% de sus haberes. La ley detalla las causales de sanción. Tales sanciones son apelables ante la Corte Suprema, que debe expedirse en ciento veinte días.

Un primer conflicto en la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura se produjo cuando aquélla por la acord. 52/98 consideró que tiene facultades concurrentes con el Consejo, para imponer sanciones disciplinarias a los magistrados. El Consejo, por res. 13/98, rechazó tal criterio y se consideró como el único ór-

gano competente para tales sanciones, a partir del 17 de noviembre de 1998, fecha de su constitución, sin perjuicio de las facultades de la Corte como órgano de apelación en la materia (art. 14, ley 24.937).

Según el subprincipio de *corrección funcional* (§ 17, a, 2), si la Constitución asigna una tarea a un órgano del Estado, es él, y no otro, quien debe asumirlo. El art. 114, inc. 4°, encomienda al Consejo la aplicación de las sanciones a los magistrados y, por tanto, a eso debe estarse.

Esta comisión también dictamina ante el pleno del Consejo de la Magistratura sobre la apertura del proceso de remoción de magistrados (arts. 7° y 14, según ley 26.080). El pleno decide con una mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.

La Comisión de Administración y Financiera está integrada por dos diputados, un senador, dos jueces, un abogado y el representante del Poder Ejecutivo (art. 12, según ley 26.080), y fiscaliza la Oficina de Administración y Financiera, encabezada por un administrador general del Poder Judicial. Tal Oficina tiene, entre otras, la vital función de elaborar el anteproyecto de presupuesto del Poder Judicial y después ejecutarlo.

La Comisión de Reglamentación analiza y elabora los proyectos de reglamentos a que alude el art. 114, y emite dictámenes sobre su interpretación, en caso de conflicto (art. 15, según ley 26.080). La forman dos jueces, un diputado, un senador y el representante académico-científico.

b) *Plenario del Consejo.* Entre otros cometidos tiene que dictar su reglamento general, y las funciones referidas por el art. 114, inc. 6°, de la Const. nacional; formular observaciones al proyecto de presupuesto judicial, designar su presidente y vicepresidente y los miembros de las comisiones, así como el número de vocales; decidir la apertura del proceso de remoción de magistrados, formular la acusación pertinente ante el Jurado de Enjuiciamiento, y aun suspenderlo, siempre con el voto de los dos tercios de los presentes; aplicar las sanciones a los magistrados y, con igual mayoría que en el caso anterior, organizar el funcionamiento de la escuela judicial (art. 7°, ley 24.937, modificado por ley 26.080 –t.o. por decr. 816/99–). También dicta los reglamentos generales de superintendencia del Poder Judicial, por ley 25.876.

§ 599. ***Situación institucional.*** – La ubicación del Consejo de la Magistratura dentro de la sección de la Constitución dedicada al Poder Judicial, y el hecho de estar ejercido este poder por la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales inferiores (art. 108), ha llevado a concluir a algunos que el Consejo de la Magistratura es un órgano del Poder Judicial e incluso una oficina auxiliar de la Corte Suprema. Desde esta perspectiva, las decisiones del Consejo deberían ser recurribles, de modo flexible, ante la Corte (que así controlaría al Consejo). En pro de tal dependencia podría añadirse que la Constitución declara irrecurribles los fallos del Jurado de Enjuiciamiento (art. 115), pero no las resoluciones del Consejo de la Magistratura.

Sin embargo, fue evidente que el constituyente de 1994 quiso introducir una intensa reforma en la judicatura federal, sustrayendo a la Corte Suprema la administración de ese Poder Judicial (ver § 596).

Paralelamente, debido a su integración plural (abogados, jueces, académicos, científicos y miembros designados por los poderes de elección popular), el Consejo de la Magistratura bien puede ser entendido como un *órgano extra poder*, esto es, fuera de la órbita del Poder Judicial. El hecho de figurar en la sección constitucional destinada al Poder Judicial no implica necesariamente que pertenezca al mismo. Tal es por ejemplo, y para algunos, el caso de España (García Morillo y Fernández Segado).

En definitiva, la ley 24.937 declaró, en su art. 1°, al Consejo de la Magistratura "órgano permanente del Poder Judicial".

§ 600. ***El Jurado de Enjuiciamiento.*** – Para la remoción de los jueces inferiores a la Corte Suprema, el art. 115 de la Const. nacional programa un Jurado de Enjuiciamiento "integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal". Su regulación será en la misma ley especial contemplada en el art. 114 para el Consejo de la Magistratura.

Según el convencional Paixao, miembro coinformante del despacho mayoritario, la idea de erigir el Jurado de Enjuiciamiento fue la de lograr mayor eficiencia en los mecanismos de control de la actividad judicial, atendiendo los "excelentes resultados" que el jurado ha brindado en el derecho público provincial ("Diario de

Sesiones", p. 2219 a 2221, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4888 y 4889).

Al revés del Consejo de la Magistratura (declarado, según vimos, "órgano permanente del Poder Judicial"), la ley nada dice sobre la situación institucional del Jurado de Enjuiciamiento, ocupado "de los jueces de los tribunales inferiores de la Nación" (art. 21). Dado que sus decisiones son en principio irrecurribles (art. 115, Const. nacional), pues procede nada más que el pedido de aclaratoria (art. 27, ley 24.937), este organismo tiende a perfilarse más como un órgano extra poder. Que el fallo del Jurado sea hipotéticamente impugnable por recurso extraordinario, como finalmente lo permitió la Corte Suprema ("Brussa", *Fallos*, 326:4816), no impide que el Jurado tenga perfil ajeno al Poder Judicial (como el Senado cuando remueve a un ministro, aunque su sentencia sea también discutible por el recurso extraordinario).

Según el nuevo esquema (ley 26.080) lo integran siete miembros: *1)* dos jueces de cámara (uno debe pertenecer al fuero federal de la Capital; el otro, del mismo fuero del interior de la República, para lo cual se elaborarán listas); *2)* cuatro legisladores, dos por el Senado y dos por Diputados, uno por la mayoría y otro por la primera minoría de cada sala, confeccionándose al efecto sendas listas, y *3)* un abogado de la matrícula federal, inscripto en el Colegio Público de la Capital o en una cámara federal del país, y con las condiciones para ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La ley 26.080 ha previsto una elección por sorteo público, a practicarse cada seis meses de las listas de referencia. Por cada miembro titular se elegirá también un suplente. Entre sus miembros eligen a su presidente. Duran en sus cargos (vencidos los seis meses) mientras se encuentran en trámite los juzgamientos de los magistrados que les hayan sido encomendados, pero únicamente para tales procedimientos. Los miembros son removibles por el propio jurado, con el voto de las tres cuartas partes de la totalidad de sus integrantes (art. 25, ley 24.937, según ley 26.080).

Habrá que ver el resultado que producirán estos jurados de enjuiciamiento transitorios y contingentes, seleccionados –además– por sorteo, método que puede llevar a integraciones impredecibles. Por de pronto, la fuerte presencia (mayoritaria) de miembros de los estamentos políticos no condice con las intenciones del constituyente de 1994, que procuró despolitizar y profesionalizar el sistema de selección y de remoción de magistrados judiciales.

C) Garantías de actuación

§ 601. ***Designación de los magistrados judiciales.*** – Cabe aquí diferenciar tres situaciones, según los niveles y circunstancias de los nombramientos.

a) *Jueces titulares de la Corte Suprema.* Según el art. 99, inc. 4, de la Const. nacional, el presidente: "Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto".

En los Estados Unidos de América, el sistema ha provocado una judicatura federal con un aceptable porcentaje de calidad de independencia. En la Argentina, el resultado no es por cierto el mismo, quizá porque aquí prevalecen las lealtades personales sobre las institucionales, y porque los criterios de selección de los magistrados no son siempre los mejores. Existe, pues, una profunda crisis de legitimidad en el régimen actual (ver § 61).

Para los jueces de la Corte Suprema, la Convención de 1994 optó por mantener el esquema original de la Constitución de 1853-1860, pero introdujo más exigencias al determinar que el acuerdo senatorial debía involucrar a los dos tercios de los miembros presentes de la sala, que debe reunirse, además, en sesión pública para tratar específicamente el tema. El miembro coinformante, Paixao, aclaró que puesto que la designación de un juez de la Corte importaba de hecho la modificación del tribunal y, por ello también, la posibilidad de una reforma indirecta de la Constitución (ya que la Corte es la intérprete final de ésta), debía demandarse una mayoría similar a la necesaria para impulsar la reforma de la carta magna ("Diario de Sesiones", p. 2220, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4888).

Con el propósito de mayor transparencia y control democrático en el sistema de nominación de jueces de la Corte Suprema, el

decr. 222/03 estableció que era meta del Poder Ejecutivo reflejar en el alto tribunal "las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal" (art. 3°). Determinó que, producida una vacancia, el Poder Ejecutivo publicará en los treinta días posteriores en el Boletín Oficial y en por lo menos dos diarios de circulación nacional, el nombre y los antecedentes curriculares de la o las personas que se encuentren en su consideración para cubrir la vacancia. Ellas tendrán que presentar una declaración jurada con la nómina de los bienes propios y los de su cónyuge o conviviente, los de la sociedad conyugal e hijos menores. También deberán indicar la nómina de las asociaciones civiles o comerciales que integren o hayan integrado en los últimos ocho años, los estudios de abogados en los que han actuado y la nómina de clientes o contratistas, por igual término (arts. 4° o 5°).

Estas innovaciones son, en muchos aspectos, positivas, en aras de conocer y evaluar a los candidatos del caso, en particular por la ciudadanía. En su pasivo puede advertirse: *1*) que el Poder Ejecutivo, en cuanto la Corte Suprema, no ha respetado el principio de legitimidad geográfica que invoca en el decreto ni los plazos establecidos para cubrir las vacantes, algunas de ellas con muchos meses sin entender; *2*) el sistema ha motivado un verdadero campeonato, en muchos casos, para reclutar adhesiones, lo que implica a menudo organizar una campaña cuasielectoral de apoyos; *3*) la divulgación de los bienes puede significar, en un país con serios déficit de seguridad, un manual para asaltantes y secuestradores, y *4*) no siempre el Poder Ejecutivo ha asumido las críticas concernientes a los antecedentes o a la situación impositiva de quien fuere candidato. En síntesis, el sistema instaurado debe perfeccionarse y cumplirse lealmente.

b) *Jueces titulares inferiores a la Corte Suprema.* La reforma de 1994 estableció que los nombra el presidente de la Nación "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" (art. 99, inc. 4, párr. 2°).

Sobre el Consejo de la Magistratura federal argentino, nos remitimos al § 598.

Por último, cabe inquirir si el Poder Ejecutivo está facultado para designar a un juez que ya tiene acuerdo senatorial, para otro cargo similar. El criterio de la Corte Suprema de Justicia ("Grau", *Fallos*, 288:386, y "Del Castillo", *Fallos*, 313:330) es que tal acuerdo permite designar o trasladar al interesado a otro cargo de igual jerarquía, siempre que medie su consentimiento.

c) *Jueces "en comisión".* La expresión juez "en comisión" tiene dos acepciones. Una refiere a la "puesta en comisión" de jueces provinciales a raíz de una intervención federal, o de jueces federales o provinciales por decisión de un gobierno de facto. En estos casos significa que los magistrados pierden su estabilidad. La Constitución nacional no admite tales "puestas en comisión", pero son un producto (ilegítimo) del derecho consuetudinario argentino.

El segundo significado alude al nombramiento (constitucional) de jueces interinos, según el art. 99, inc. 19, de la ley suprema; el presidente tendrá facultad para "llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima legislatura". Estas designaciones, bajo una condición suspensiva (el acuerdo del Senado), no son aconsejables, ya que los jueces del caso, al no ser definitivos, están expuestos a presiones e influencias que pueden comprometer su imparcialidad.

Después de la reforma constitucional de 1994, los nombramientos de jueces en comisión son viables en cuanto a los de la Corte Suprema, pero para los demás debe advertirse que necesariamente tendrán que haber sido antes preseleccionados por el Consejo de la Magistratura, mediante concurso, y haber sido incluidos por éste en una terna remitida al Poder Ejecutivo (arg. arts. 99, inc. 4, y 114, incs. 1 y 2, Const. nacional).

d) *Jueces subrogantes y transitorios.* Estos magistrados, que suplen a los jueces titulares en casos de licencias, suspensión o vacancia definitiva, no están mencionados por la Constitución nacional. En principio corresponde que sea la ley ordinaria la que regule su actuación, conforme al art. 75, inc. 32.

No obstante, la ley 25.876 confirió al Consejo de la Magistratura, bajo ciertas condiciones, el nombramiento de tales jueces, de-

cisión convalidada en parte por la Còrte Suprema con la acord. 7/05. Después, la ley 26.080 no incluyó esa atribución dentro del cuadro de facultades del Consejo. Éste, sin embargo, entiende estar habilitado a tenor del nuevo art. 7°, inc. 2°, de la ley 24.937, texto según la ley 26.080, que le permite dictar reglamentos para ejercer sus facultades constitucionales y lograr una eficaz administración de justicia, coincidiendo con la directriz del art. 114, inc. 6°, de la Const. nacional. Tal criterio resuelve con practicidad el tema, aunque si una ley dispusiera lo contrario habría que estar a lo que ella establezca, por la primacía de la ley sobre el reglamento.

§ 602. ***Remuneración. Intangibilidad. Caso de jueces jubilados.*** – El art. 110 de la Const. nacional contiene una cláusula similar a la establecida en la Constitución estadounidense: "Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación... recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones". Es la denominada *cláusula de la compensación*.

La norma tuvo una doble razón histórica: primero, impedir la *domesticación* de la justicia por quienes elaboran el presupuesto (poderes Legislativo y Ejecutivo), ya que "un poder sobre la subsistencia de un hombre equivale a un poder sobre su voluntad", y segundo, proteger a los jueces de "las fluctuaciones del valor de la moneda", problema ya vigente en aquella época (Hamilton, *El Federalista*, cap. LXXIX).

En 1985, la Corte Suprema, en la causa "Bonorino Peró", sentó la siguiente interpretación de la *cláusula de la compensación*: *a*) es una garantía de la independencia del Poder Judicial; *b*) protege tanto al *órgano institución* como al *órgano individuo* (el juez como tal); *c*) si se produce el envilecimiento del signo monetario, el *no disminuir* obliga a indexar las remuneraciones judiciales, y *d*) esta garantía es exigible también en las provincias, ya que es un *principio constitucional federal* que ellas deben respetar, a tenor del art. 5° de la Const. nacional (*Fallos*, 307:2174).

Posteriormente, en "Bruno", la Corte advirtió que los mecanismos de ajuste por depreciación pueden variar, según la provincia del caso, siempre que se salvaguarde la esencia del mecanismo

de corrección, y que el resultado sea razonable (*Fallos*, 311:460). En resumen, la provincia no puede negar la intangibilidad, aunque el régimen no tiene que ser necesariamente igual al que impera para la justicia federal ("Vásquez", *Fallos*, 323:643). En "Cook", más tarde, añadió que los topes que estableciese una provincia a las remuneraciones judiciales (con referencia, por ejemplo, a los sueldos del gobernador) eran también inconstitucionales si impedían la vigencia del art. 96 de la Const. nacional (*JA*, 1990-III-111).

Una importante jurisprudencia correctora, que, partiendo de "Vilela" (*Fallos*, 314:295), se expresa en "Jáuregui" (CSJN, *Fallos*, 315:2386), explicita que la garantía constitucional de intangibilidad de las remuneraciones judiciales no implica desligar a los magistrados del deber solidario de sufrir los embates de la inflación, siempre que la erosión salarial no sea tan significativa como para impedir el logro de la finalidad perseguida por la referida cláusula. En resumen, la Corte ordenó actualizar, por vía de amparo, pero deduciendo un 8% sobre cada diferencia mensual, acumulativamente, aunque esa quita no debía superar el 30% del resultado final que arrojara la liquidación total.

Tal directriz jurisprudencial es evidentemente discrecional de la Corte, y por cierto creativa, ya que no se sustenta en ley alguna, sino en un criterio de equidad comunitaria. La idea que la anima se presenta como justa, visualizada en un contexto de estado de necesidad, y se legitima más por razones supraconstitucionales propias de éste que por otros motivos.

Es del caso recordar que en otros pronunciamientos, la Corte Suprema dijo que la intangibilidad comprende la no reducción de las remuneraciones por impuestos que las graven, aunque sean generales, como por ejemplo réditos (actualmente ganancias) ("Fisco c/R. Medina", *Fallos*, 176:73; "Poviña", *Fallos*, 187:687, y "Jáuregui", *Fallos*, 191:65). Idéntico criterio comprendería el llamado "ahorro forzoso". El texto constitucional argentino, más enfático que el estadounidense, prohíbe disminuir las compensaciones judiciales "en manera alguna" (art. 180).

En cambio, y con poco acierto, la Corte Suprema ha dicho que si bien la demora en el pago de los sueldos judiciales o su realización en algo que no sea moneda de curso legal (p.ej., en bonos del Estado) no es en principio válido, sí resultaría posible en

períodos de penuria nacional, y cuando ello rija para todos los sectores de la Administración ("Arias", *Fallos*, 254:286).

La Corte Suprema, después de recordar que el principio de intangibilidad de las remuneraciones judiciales, sin condicionamientos, no importa un privilegio o discriminación, aclara que ha sido establecida no por razón de la persona de los magistrados, sino en mira a la institución independiente del Poder Judicial ("Gaibisso", *Fallos*, 324:1177). En el mismo fallo, alertó que protege a los jueces jubilados que, durante su desempeño anterior, debieron admitir un régimen severo de incompatibilidades profesionales, por lo que deben gozar de un nivel decoroso de vida durante su gestión activa y esperar un nivel razonablemente proporcionado en la vejez.

§ 603. ***Administración y autarquía judicial. Ley 23.853.*** – Diversas constituciones han asegurado al Poder Judicial un cupo presupuestario mínimo (Costa Rica, Honduras, Perú, etcétera). La de Costa Rica, lo fija en un 6% del presupuesto general y añade que el anteproyecto del Poder Judicial es elaborado por la Corte Suprema (art. 176). En los proyectos sobre organización o funcionamiento de la justicia se debe consultar a la Corte, y para apartarse de su criterio, la Asamblea Legislativa deberá hacerlo con el voto de las dos terceras partes de sus miembros (art. 167).

En la Argentina, mientras que a comienzos de siglo el cupo presupuestario para el Poder Judicial llegaba al 4%, a fines de 1980 rondaba el 1%. Después es algo superior, alcanzando el 1,7% para el proyecto de presupuesto 2007 ("La Nación", 1/10/06, sec. economía).

Para paliar parte de estos problemas, la ley 23.853, llamada "de autarquía judicial", previó sostener los gastos del Poder Judicial de la Nación con las partidas que provienen de rentas generales y con recursos específicos propios, derivados de tasas de actuación judicial, ciertos porcentajes de las tasas que derivan de los depósitos judiciales, entre otros (art. 3°). Faculta a la Corte Suprema para establecer aranceles y fijar sus montos (art. 8°) y determinar las remuneraciones de los magistrados y funcionarios (art. 7°). También dispone la Corte Suprema de su patrimonio y determina el régimen de percepción, administración y control de

sus recursos y su ejecución, debiendo remitir a la Contaduría General de la Nación el movimiento contable registrado (art. 8°). Curiosamente, la ley se reglamenta, tanto por la Corte como por el Poder Ejecutivo, *conjuntamente*, según lo dispone su art. 10.

Debe tenerse presente que el nuevo art. 114, inc. 3, de la Const. nacional deja la administración de los recursos y la ejecución del presupuesto judiciario al Consejo de la Magistratura, razón por la que cabe ajustar las disposiciones de la ley 23.583 a este organismo.

§ 604. ***Estabilidad.*** – El art. 110 de la Const. nacional declara que los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores "conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta". Se trata del principio de la estabilidad o inamovilidad.

Las razones de la cláusula están también expuestas por Hamilton en *El Federalista*. De allí surge que si el período de designación de un juez fuese transitorio, no habría justicia imparcial, ya que trataría de congraciarse con los poderes que lo designan (Ejecutivo y Congreso) o, si es elegido por el pueblo, no haría otra cosa que conseguir popularidad en lugar de cumplir con la Constitución. A esa razón se suma otra: si se desea llevar los abogados de más prestigio al Poder Judicial, obviamente, habría que ofrecerles un cargo estable que justifique abandonar una profesión lucrativa. Finalmente, la justicia requiere experiencia en el manejo de los asuntos a decidir, y ello fomenta la continuidad en la función.

En la Argentina, los nombramientos –en algunas provincias– con estabilidad transitoria produjeron efectos desastrosos en cuanto la dignidad e imparcialidad de la judicatura. Actualmente subsisten en muy pocas provincias, y sólo para los casos de la Corte Suprema (p.ej., en Salta, según el art. 156 de su ley suprema, duran seis años; si se renueva la designación, es con carácter vitalicio).

También en ciertas provincias la inamovilidad cesa en el momento en que el magistrado pueda obtener su jubilación. La de Salta (art. 156) dispone que si el Poder Ejecutivo realiza, en tal hipótesis, un nuevo nombramiento, con acuerdo del Senado, el juez es nombrado por un período de cinco años, designación que podrá

repetirse por el mismo trámite. En "Iribarren", la Corte Suprema reputó inconstitucional el art. 88 de la Const. de Santa Fe, que hacía también cesar tal inamovilidad para los magistrados judiciales mayores de sesenta y cinco años que estuvieran en condiciones de jubilarse, pero sometido ello al criterio discrecional del Poder Ejecutivo de disponer o no la remoción del juez ("Iribarren", *Fallos*, 322:1253). Con acierto, el tribunal entendió que tal norma violaba el principio republicano de división de los poderes. Sobre el tope de edad en el ámbito nacional, nos remitimos al § 607.

La Corte Suprema sostuvo que el derecho a la estabilidad comprende el derecho de permanencia en la sede (es decir, a no ser trasladado; "Acord. s/traslado de jueces federales", *Fallos*, 201:245, y "Acord. s/remoción de jueces federales", *Fallos*, 203:5) y también a no ser ascendido sin voluntad del interesado.

§ 605. ***Remoción. Juicio político y Jurado de Enjuiciamiento.*** – Las causales de destitución de los jueces federales son mal desempeño, comisión de delitos comunes, o específicos de la función (arts. 53 y 115, Const. nacional). Pero después de la reforma de 1994 existe un doble mecanismo de destitución para los magistrados judiciales.

Por un lado, para los jueces de la Corte Suprema, persiste el "juicio político" (ver § 626). Es del caso aclarar que la cantidad de jueces (de distinto grado) cesanteados por este mecanismo desde la sanción de la Constitución de 1853-1860 no superó la treintena, y que el caso más resonante fue el de varios miembros de la Corte Suprema, en 1947, juicio muy polémico enmarcado en un contexto de partidismo y politicidad.

Para los restantes jueces, y con el fin de agilizar el trámite, la reforma creó el Jurado de Enjuiciamiento (ver § 600), con las siguientes pautas.

a) Antes de ser sometido el caso a dicho jurado, el Consejo de la Magistratura debe haber decidido la apertura del procedimiento de remoción del juez inferior a la Corte (art. 114, inc. 5). Al hacerlo, el Consejo puede suspenderlo en el cargo.

b) Ante el Jurado de Enjuiciamiento, el Consejo de la Magistratura debe acusar al juez (art. 114, inc. 5, Const. nacional).

c) La Constitución no trae reglas específicas de procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento, motivo por el cual habrá de estarse a la ley especial que dictó el Congreso con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara (arts. 114 y 115 *in fine*). Pero sí establece un plazo de caducidad: corresponde archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez que hubiese sido suspendido "si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que se haya dictado el fallo" (art. 115). Esta apertura, como se dijo, la resuelve el Consejo de la Magistratura. El plazo de caducidad, que comprende días corridos, tiende a apurar un pronunciamiento final sobre el tema del enjuiciamiento, con relación a un cargo público de juez, obviamente relevante institucional y socialmente hablando.

Según la ley 24.937, reformada por la ley 26.080, el procedimiento de destitución es oral y público (art. 25). Se inicia con la acusación formulada por el plenario del Consejo de la Magistratura, de la que se corre traslado por diez días al magistrado acusado. Después se abre la causa a prueba por treinta días, eventualmente prorrogable por quince más, decisión de la mayoría del Jurado. Éste podrá desechar las pruebas inconducentes o dilatorias. Las audiencias serán orales y públicas. Concluida la producción de pruebas o vencido el período, las partes producen, en un plazo no mayor de treinta días, un informe oral, y el Jurado resolverá dentro de los veinte días siguientes. Supletoriamente se aplica el Código Procesal Penal de la Nación (art. 26).

d) Hasta tanto no fuera removido por el Jurado de Enjuiciamiento, el juez acusado no podría –según nuestro derecho consuetudinario constitucional– ser penalmente enjuiciado. Pero esto ha variado después de la ley 25.320 (ver § 632).

e) El fallo del jurado, condenatorio (éste requiere los dos tercios de los miembros del jurado –art. 25, ley 24.937, t.o. por decr. 816/99–) o absolutorio, es irrecurrible, y tiene como fin único (si se demuestra la responsabilidad del juez) "destituir al acusado" (art. 115). Ello permite inferir que si el magistrado renuncia durante el trámite, el proceso destitutorio debe concluir. Tal ha sido una práctica reiterada, aunque algunas veces el Poder Ejecutivo no aceptó la renuncia y el juicio de remoción ha continuado, en el

caso de un juez acusado ante el Jurado de Enjuiciamiento. Para la Corte Suprema, el Poder Ejecutivo no debe demorar injustificadamente su pronunciamiento sobre tal renuncia ("Lona", *Fallos*, 327:46). La Constitución añade que, de haber condena, el removido quedará no obstante sujeto a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Aunque la Constitución dispone en su art. 115 que el fallo del Jurado de Enjuiciamiento es irrecurrible, no es absurdo pensar que pueda impugnarse mediante el recurso extraordinario federal, de haberse vulnerado las garantías constitucionales del debido proceso durante la tramitación de la causa, al igual que ocurre con la sentencia del Senado en el juicio político (ver § 301). La analogía entre uno y otro instituto suscita la misma conclusión. La Corte Suprema ha aceptado tal tesis ("Brussa", *Fallos*, 326:4816), aunque aclarando que queda irrecurrible el veredicto del Jurado en cuanto al fondo del asunto, esto es, si la conducta de un magistrado justificaba o no su remoción ("Lona", *Fallos*, 327:46).

§ 606. ***Sanciones disciplinarias.*** – Sin perjuicio de lo indicado, el art. 114, inc. 4, de la Const. nacional faculta al Consejo de la Magistratura a aplicar medidas disciplinarias a los magistrados judiciales (entendemos que inferiores a la Corte Suprema; ver § 598). Ello importa una significativa atribución de gobierno destinada a reprimir inconductas judiciales que, sin embargo, no merecen la destitución (para esto último el Consejo deberá abrir el procedimiento detallado en el parágrafo anterior). Las sanciones del Consejo son apelables ante la Corte Suprema (art. 14, ley 24.937, reformada por ley 26.080).

Hasta ahora, la Corte Suprema continúa efectivizando ciertas sanciones menores a los jueces, como llamados de atención (p.ej., "Luconi", *DJ*, 1996-1-1284). Pero el tema permanece polémico (ver § 498).

§ 607. ***Tope de edad.*** – En el art. 99, inc. 4, de la Const. nacional, referido a las competencias y atribuciones del Poder Ejecutivo, la Convención Constituyente de 1994 insertó un precepto que dice así: "Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo [del Senado], será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados [de la Corte o inferiores a ella], una vez

que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite".

Esta discutida norma, introducida casi sorpresivamente en la Convención, se fundó en palabras del constituyente Alfonsín, en similares reglas existentes en las constituciones de algunos países latinoamericanos, y "a fin de no tener que llegar al juicio político cuando se producen determinadas situaciones de decadencia". Algo parecido, apuntó, ocurre en la Iglesia Católica, que indica para los obispos una edad regular de retiro de setenta y cinco años ("Diario de Sesiones", p. 4653, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 6189).

Debe observarse que el actual art. 99, inc. 4, de la Constitución no guarda coherencia con el art. 110 (que garantiza la estabilidad judicial permanente, mientras dure la buena conducta del juez). También se discute si la Convención Constituyente estaba habilitada para establecer el referido tope de edad, dado que la ley de convocatoria 24.309, cuando se refirió al temario relativo a la designación de jueces (art. 2°, letra I), no incluyó tal punto.

Precisamente, la Corte Suprema declaró inconstitucional, por este motivo, a la norma constitucional señalada ("Fayt", *Fallos*, 322:1616; ver § 417).

§ 608. ***Incompatibilidades.*** – La única incompatibilidad que la Constitución indica para los jueces, es la prevista por el art. 34: "Los jueces de las cortes federales no podrán serlo al mismo tiempo de los tribunales de provincia".

Introducida esta norma en la reforma constitucional de 1860, tuvo por objeto concluir con la práctica viciosa seguida durante el período 1853-1860, cuando jueces federales se desempeñaron simultáneamente en la Corte de Justicia de Entre Ríos.

A su turno, el art. 9° de la ley orgánica del Poder Judicial (decr. ley 1285/58 y modificatorias) declara incompatible la magistratura judicial con "toda actividad política", el ejercicio del comercio, la realización de cualquier actividad profesional (salvo para la defensa del juez, su cónyuge, padres e hijos), el desempeño de empleos públicos o privados, los cargos de rector, decano

o secretario de facultad o universidad. En cambio, la norma permite el ejercicio de la docencia universitaria, con autorización previa de la autoridad del caso.

D) Operatividad. Los productos del Poder Judicial

§ 609. *Sentencia.* – El producto natural más importante del Poder Judicial es la *sentencia*, que contiene (generalmente) una *norma individual* destinada a resolver un caso.

Para Kelsen, la sentencia importa siempre un acto de *aplicación* de derecho preexistente, y de *creación* de un derecho nuevo (de modo parecido, aunque en menor medida, a cómo una ley específica es a la Constitución). Para Bidart Campos, en cambio, el juez *extrae* la norma impresa en la sentencia, del derecho preexistente (ley, decreto, reglamento, etc.), de tal modo que no hay creación de derecho nuevo. En rigor de verdad, la sentencia algunas veces sólo efectiviza para el caso el derecho preexistente, pero en otros genera derecho propio; por ejemplo, en los casos de lagunas normativas, donde integra la norma faltante; cuando opta entre las varias alternativas interpretativas que posibilita una norma ambigua, imponiendo la que reputa más adecuada; o cuando establece una solución *contra legem* y ella queda firme.

En el derecho procesal constitucional actual existen distintos tipos de sentencias "interpretativas" (o "manipulativas") que, por ejemplo, interpretan a una ley de un modo concreto, para tornarla compatible con la Constitución, y desechan como inconstitucionales otras interpretaciones distintas del mismo precepto; o las de tipo "aditivo" (cuando le añaden algo a una norma, para armonizarla con la constitución y evitar su declaración de inconstitucionalidad). Las sentencias "exhortativas" encomiendan al legislador la sanción de una nueva norma, en vez de la actual, que se estima poco compatible con la Constitución.

§ 610. *Sentencia ley. Alternativas.* – En ciertos supuestos, la sentencia trasciende en sus efectos al expediente concreto y se proyecta como norma general. Lo hace por diversos conductos.

a) Cuando la Constitución habilita a un tribunal a derogar una ley reputada, por éste, inconstitucional. Tal sistema rige en el derecho comparado, por ejemplo, en la Constitución de España respecto de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (art. 164). No figura en la Constitución argentina.

b) Si la ley habilita a un tribunal que normalmente opera en salas, a dictar fallos *plenos* o *plenarios*, con todos sus miembros, sentando una doctrina judicial interpretativa de una norma jurídica preexistente, tanto para unificar jurisprudencia contradictoria, como para prevenir conflictos interpretativos.

Cuando se trata de una causa judicial concreta a resolver, la convocatoria a un tribunal pleno puede suscitar una discusión constitucional (ya que indirectamente importa confiarle atribuciones legisferantes, al concederle la facultad de dictar una norma general interpretativa de otra anterior y ambigua). No obstante, es un paso destinado a resolver un juicio, y resulta avalada esa convocatoria por el derecho consuetudinario constitucional, que la ha admitido desde décadas atrás, por ejemplo, en el orden nacional, merced al *recurso de inaplicabilidad*, incluso es arbitrario según la Corte, apartarse sin fundamentos de la doctrina sentada en un plenario ("Gaspar", *ED*, 140-810). La Corte Suprema también ha dicho que es constitucional convocar a un plenario, siempre que se lo promoviera para decidir un caso, porque lo contrario importaría ejercer facultades legislativas ("Solazzi", *Fallos*, 249:22).

Otro tope que fija la jurisprudencia de la Corte Suprema en los acuerdos plenarios, es que no se pueden pronunciar sobre temas de constitucionalidad, porque ello importaría "una interpretación general obligatoria de orden constitucional" ("Gómez", *Fallos*, 302:980).

c) Una tercera variante emerge cuando una ley (no la Constitución) impone que la jurisprudencia de un determinado tribunal (generalmente, la Corte Suprema, o una sala de ella) es –aparte del caso decidido– vinculante *erga omnes*, de tal manera que cuando aquél repute constitucional o inconstitucional una norma, tal criterio es obligatorio para el resto de los órganos judiciarios. Así ocurre, por ejemplo, en Costa Rica, con relación a los fallos de su Corte Suprema (art. 13, ley 7135).

Esta opción importa delegar en el órgano del caso funciones legislativas. En principio, eso parece chocar con la Constitución formal y el principio de *corrección funcional* (ver § 17), aunque razones de seguridad y de igualdad bregan en su favor.

d) Por último, es posible que una corte suprema se arrogue la atribución de dictar sentencias con efectos vinculantes generales para los tribunales inferiores. Es lo que ha ocurrido en la Argentina, donde la Corte ha dicho que sus pronunciamientos tienen el *deber moral* de ser seguidos por los demás jueces ("Pastorino", *Fallos*, 25:368), y, más aún, que sus sentencias cuentan con *autoridad institucional* ("Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", *Fallos*, 219:59, y "Cía. Swift", *Fallos*, 212:60; ver § 300, h).

§ 611. ***Cosa juzgada.*** – El vigor de las sentencias se refuerza, en ciertos casos, con el principio de *cosa juzgada* (material), en cuya virtud lo decidido resulta irrevocable, posee *ejecutoriedad* y no puede modificarse por otro órgano judiciario ni de otro poder del Estado. La Corte Suprema ha puntualizado que el respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el régimen constitucional; que tiene jerarquía constitucional y no se lo puede alterar ni siquiera por normas de orden público, y que todo ello se relaciona de modo inmediato con el principio de división de los poderes, "pues se afectaría tal principio si el poder encargado de dictar la ley apareciese, mediante una intervención posterior, alterando las decisiones del poder que la aplica" ("Ferrari Hardoy", *Fallos*, 307:1289, y "Pasquini", *Fallos*, 321:172). Por lo demás, es un presupuesto ineludible para la seguridad jurídica ("Sonnenberg", *Fallos*, 235:512).

No obstante lo expuesto, la Corte Suprema ha indicado que no hay cosa juzgada si ha mediado estafa procesal ("Kasswalder", *Fallos*, 278:85, y "SRL Atlántida", *Fallos*, 283:66), o ante la ausencia de un real proceso contradictorio, donde el vencido haya tenido adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba ("Villarreal de Rodríguez", *Fallos*, 238:18, y "Schmerkin", *Fallos*, 258:220). De no haber ésta, puede existir cosa juzgada *írrita*, impugnable mediante acción declarativa autónoma de invalidez ("Prov. de San Luis", *Fallos*, 323:1222). También ha señalado el tribunal, mediando, por ejemplo, estafa procesal, que las resoluciones que formalmente se apartan de lo dispuesto en una sentencia firme "lejos de menoscabar la autoridad de la cosa juzgada la salvaguardan, porque salvaguardan su justicia, sin la cual el más íntimo sentido de dicha autoridad, que es su sentido moral, no es concebible" ("Camusso vda. de Marino", *Fallos*, 294:434, y "López", *Fallos*, 310:1817). Asimismo, ha puntualizado que el principio de cosa juzgada sólo cubre "verdaderas decisiones jurisdiccionales", y si un juez, al pronunciar un fallo, actuó sin jurisdicción (p.ej., porque la procesada poseía fueros que impedían juzgarla), tal pronunciamiento no constituye una sentencia ("Martínez de Perón", *Fallos*, 298:736). En resumen, la cosa juzgada supone un auténtico y verdadero proceso judicial, un juicio regular donde se haya garantizado el contradictorio y fallado libremente por los jueces ("Borda", *Fallos*, 327:4916).

La revisión judicial de la cosa juzgada, en tales hipótesis, requiere un proceso judicial regular, con pulcra satisfacción de los principios de defensa en juicio (Hitters).

§ 612. ***Revisión o suspensión ejecutiva o legislativa de la cosa juzgada.*** – Algunas veces, por ley, se ha quitado el carácter de cosa juzgada a pronunciamientos judiciales firmes. Así, la ley 23.062 (denominada de *reparación histórica*), que declaró carente de validez jurídica a las normas y actos administrativos emanados de las autoridades de facto surgidas de un acto de rebelión, así como a los procesos judiciales y sus sentencias, que tuvieron por objeto el juzgamiento o sanciones a los integrantes de poderes constitucionales de iure, depuestos revolucionariamente. A su turno, la ley 23.040 restó igualmente valor de cosa juzgada a las sentencias firmes que efectivizaron la ley 22.924, llamada *de pacificación* y también de *autoamnistía*, sancionada por un régimen de facto.

Este control legislativo de actos jurisdiccionales es inconstitucional, por atentar contra el principio de división de los poderes, ínsito al esquema republicano de gobierno (art. 1°, Const. nacional). La revisión de una situación de cosa juzgada fraudulenta o la calificación de inexistencia de una sentencia compete al propio Poder Judicial.

Otra vía de interferencia legislativa en el principio judicial de la cosa juzgada son las leyes que suspenden la efectivización de

las sentencias (p.ej., art. 50, ley 23.696, de reforma del Estado). También estas normas son inconstitucionales, aunque la Corte Suprema las ha admitido en casos de necesidad y urgencia, y siempre que esa suspensión resulte transitoria y razonable ("Russo", *Fallos*, 243:467).

§ 613. ***Acordadas.*** – También son producto del sistema judiciario, expedidas por tribunales colegiados de grado (cámaras, Corte Suprema de Justicia), generalmente en materias de índole administrativa, es decir, en actuaciones administrativas de *superintendencia*.

Sin embargo, han existido acordadas importantísimas, en asuntos nítidamente políticos, como la del 10 de septiembre de 1930 ("Acord. s/reconocimiento del Gobierno provincial/provisional de la Nación", *Fallos*, 158:290), que acusó recibo de la comunicación por la cual el Poder Ejecutivo provisional emergente del golpe de Estado de ese mes y año le informaba haber asumido el gobierno nacional (la Corte, en esa acordada, concluyó por reconocerlo en tal carácter). En otras, la Corte se opuso a la remoción de jueces por un gobierno de facto ("Acord. s/remoción de jueces federales", *Fallos*, 203:5), o a su traslado ("Acord. s/traslado de jueces federales", *Fallos*, 201:245).

Las decisiones de la Corte Suprema emitidas por acordadas de superintendencia importan pronunciamientos que se pueden equiparar a sus sentencias. Ella ha dicho que no son revisables por jueces inferiores, aunque la acordada trate sobre materia administrativa ("Guardia", *Fallos*, 307:1601). Buena parte de la doctrina, sin embargo, entiende que en este último ámbito son tan justiciables como cualquier norma (Loiácono, Bianchi), e impugnables por inconstitucionales, si padeciesen de este vicio. Como regla, entendemos que al ser decisiones del más alto tribunal del país, no deberían ser cuestionables ante jueces inferiores. No obstante, la Corte ha admitido, en definitiva, tales impugnaciones ("Rodríguez Varda", *Fallos*, 315:2990).

§ 614. ***Reglamento.*** – Es otro producto normativo emanado del Poder Judicial. El art. 113 de la Const. nacional prevé: "La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados".

Los primeros reglamentos fueron dispuestos por la Corte Suprema en 1863. El actual data del 17 de diciembre de 1952, aunque está modificado por numerosas *acordadas* posteriores.

El art. 114, inc. 6, de la Const. nacional atribuye al Consejo de la Magistratura, según se apuntó (ver § 598), la potestad de dictar reglamentos relacionados con la organización judicial y los necesarios para afianzar la independencia del Poder Judicial y la prestación de los servicios de justicia.

E) Ministerio Público

§ 615. ***Introducción.*** – Previamente consignemos que el Ministerio Público comprende al *fiscal* y al *tutelar*. Las tareas habituales del Ministerio Público *Fiscal* consisten en la defensa del orden público (en particular, del orden público constitucional), velar por una recta administración de justicia y ser portador de la acción penal, cuando correspondiere ejercerla. En otros países, los fiscales cumplen también el papel de *ombudsman*, o controlador de la actividad administrativa del Poder Ejecutivo, asumen la defensa de los derechos constitucionales y custodian los intereses difusos.

Su misión, por tanto, no es siempre acusar ni lograr el máximo posible de condenas, sino obtener sentencias justas, defender la legalidad constitucional y corregir los vicios en el servicio de justicia. Sustancialmente, son representantes de la sociedad o del pueblo. En algunos países representan también al Poder Ejecutivo.

El Ministerio Público *Tutelar* (personificado por *defensores*, algunas veces estructurado fuera del Ministerio Público) tiene por objeto la atención judicial de menores, pobres, ausentes e incapaces en general.

§ 616. ***Diseño constitucional en la Argentina. Reforma de 1994.*** – La ley 24.309, de convocatoria a la reforma constitucional, puso en manos de la Convención Constituyente la posibilidad de erigir al Ministerio Público como órgano extra poder (art. 3°).

A su turno, la Convención sancionó el actual art. 120, con el rótulo de "Ministerio Público", Sección Cuarta del título constitucional relativo al "Gobierno federal". Vale decir que, desde el pun-

to de vista exterior, el Ministerio Público aparece como una suerte de *cuarto poder*, después del Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, y así lo juzga parte de la doctrina (Obarrio, Bianchi).

Sin embargo, el miembro informante del despacho mayoritario, Masnatta, fue claro al presentar en la Convención al Ministerio Público como *órgano extra poder*, "desvinculado de los poderes Ejecutivo y Judicial", a fin de terminar con su "servidumbre de dos mundos". Concluyó que el Ministerio Público sirve mejor a la administración de justicia fuera, que dentro de ella ("Diario de Sesiones", p. 4672 y 4673, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 6200 y 6201), y que debía ser independiente del Poder Ejecutivo.

En concreto, el art. 120 de la Const. argentina define al Ministerio Público como "un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera". Y fue su independencia "el primero de los dotes que se ha querido asignar a este instituto" ("Diario de Sesiones", p. 4672, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 6201).

Por su indepenencia, el Ministerio Público no debe obedecer instrucciones de una cámara de apelaciones para acusar o elevar a juicio penal ("Quiroga", *Fallos*, 327:5863).

§ 617. ***Garantías de su independencia.*** – El art. 120 de la Const. nacional, si bien breve, previó algunos mecanismos específicos protectores de la condición del Ministerio Público como órgano extra poder; y que apuntan a lograr la *imparcialidad* de sus cuadros.

a) *Inmunidad funcional.* Determina esa norma que los integrantes del Ministerio Público "gozan de inmunidades funcionales". El miembro informante por el despacho mayoritario, Masnatta, indicó que ellas debían ser semejantes a las conferidas al defensor del pueblo ("Diario de Sesiones", p. 4673, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 6201). Y éste tiene las inmunidades y privilegios de los legisladores (art. 86).

b) *Intangibilidad de las remuneraciones.* Ello está explícitamente señalado por la parte final del art. 120, y refiere sin dudas al principio sentado para los magistrados judiciales por el art. 110 de la Const. nacional.

c) *Autarquía financiera.* También se menciona este dispositivo en el art. 120. Involucra, por lo menos, autoadministración económica del Ministerio Público (ver § 603). Es sugestivo que la Constitución haya establecido este mecanismo para el Ministerio Público y no, en su texto, para el Poder Judicial; aunque deja la administración de éste en el Consejo de la Magistratura (art. 114, inc. 3).

§ 618. ***Funciones.*** – El texto del art. 120 de la Const. nacional es aquí poco feliz, ya que enuncia solamente algunos de los roles habituales del Ministerio Público Fiscal, pero no todos los principales; y es muy poco explícito con relación a los del Ministerio Público Tutelar.

En concreto, dispone que el Ministerio Público tiene por función promover *la actuación de la justicia* (expresión que lo perfila como *magistratura requirente*), con estos objetivos: defensa de la legalidad y defensa de los intereses generales de la sociedad.

El texto omite mencionar explícitamente la promoción y sustento de la acción penal, velar por una recta administración de justicia y custodiar el orden público, papeles corrientes del Ministerio Público Fiscal y la tutela de los menores, ausentes, pobres e incapaces, tareas tradicionales del Ministerio Público Tutelar. En sentido amplio, no obstante, todos estos cometidos pueden englobarse dentro de la misión de defender la legalidad y los intereses generales de la comunidad, en cuanto la ley reglamentaria así lo disponga. El miembro informante del despacho mayoritario, Masnatta, indicó de todos modos que el ataque a las manifestaciones delictivas era un trabajo comprendido en la custodia de la legalidad y el interés general ("Diario de Sesiones", p. 4673, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 6201).

La expresión del art. 120, en el sentido de que la defensa de los intereses generales de la sociedad es misión del Ministerio Público, puede superponerse a papeles parecidos del defensor del pueblo.

Según la ley reglamentaria 24.946, al Ministerio Público le toca promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, representar el interés público, promover y ejercer la acción penal, y la civil en los casos que la ley lo exija; intervenir en los procesos de nulidad de matri-

monio, divorcio, filiación, estado civil y nombre de las personas, venias supletorias y declaratorias de pobreza, casos de privación de justicia. Le compete velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes, y del debido proceso legal, actuar en tutela de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados; defender la jurisdicción y competencia de los tribunales, ejercer la defensa de la persona en las causas penales y en otros fueros para los ausentes y pobres, velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos de detención o internación, intervenir en las causas de ciudadanía, entre otras (art. 25). Pero no asumirá la representación del Estado o del fisco (art. 27), que corre a cargo del Cuerpo de Abogados del Estado (art. 66).

§ 619. ***Estructura. Situación institucional.*** – El art. 120 indica que el Ministerio Público "está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca".

Tradicionalmente la máxima autoridad del Ministerio Público era el procurador general de la Nación. Según Bidart Campos, incluso después de la reforma constitucional, debe continuar siéndolo, dependiendo de él el defensor general de la Nación.

Sin embargo, el constituyente de 1994 ha indicado dos autoridades máximas, en pie de igualdad (ver informe del convencional Masnatta, por la mayoría, en "Diario de Sesiones", p. 4673, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 6201).

Fruto de una larga concertación política, la ley 24.946 diseña en principio aceptablemente al Ministerio Público nacional, aunque será la realidad quien dirá la última palabra sobre su acierto. En cuanto a la autonomía de sus magistrados máximos (el procurador general y el defensor general), ejes centrales del cuerpo extrapoder, opta por un esquema parecido al de nombramiento y contralor político instrumentados por la Constitución para la Corte Suprema. La experiencia ha demostrado en la Argentina, respecto de tal mecanismo, que si un mismo partido prevalece en la Presidencia de la Nación y en el Senado, eso no es promisorio para la gestión independiente del órgano nombrado por ellos.

Capítulo XV

RELACIONES Y CONTROLES ENTRE LOS PODERES DEL GOBIERNO FEDERAL

§ 620. ***Facultades explícitas e implícitas de cada poder.*** – La Constitución nacional enuncia una serie de atribuciones para cada poder que ella estructura. Tales competencias son las *explícitas* o *expresas*. En tal sentido, se pueden consultar, por ejemplo, los arts. 75 y 99, referidos a los poderes Legislativo y Ejecutivo, respectivamente, y el art. 116, concerniente al Poder Judicial.

El ejercicio de esas competencias se analizará en oportunidad de estudiarse cada una de las áreas asignadas al Gobierno federal (ver § 688 y siguientes).

Pero los poderes del Estado tienen también facultades *implícitas* (también llamadas "incidentales" o "instrumentales genéricas"), tal como lo veremos seguidamente.

Como pautas generales de la doctrina de los poderes "implícitos" e "inherentes" o "esenciales" a los órganos del Estado, nuestra Corte Suprema ha dicho que son los necesarios para el ejercicio de los expresamente conferidos por la Constitución ("Lino de la Torre", *Fallos*, 19:231); que varían con el tiempo, en función del contexto de vida; que mediante ellos, un poder no puede válidamente arrogarse competencias de otro o lesionar derechos de los particulares; que los poderes implícitos son auxiliares y subordinados a los expresos; y que deben compatibilizarse con el diseño dogmático y orgánico de la Constitución ("Peláez", *ED*, 166-91). También puede reputarse poder implícito de un órgano del Gobier-

no nacional, admitir que se encuentra autorizado a elegir los medios que a su juicio fuesen los más conducentes para el mejor desempeño de los poderes expresos, siempre que esos medios no fuesen incompatibles con alguna de las limitaciones impuestas por la misma Constitución ("Molinas", *Fallos*, 314:1091).

a) *Poder Legislativo.* El art. 75, inc. 32, de la Const. nacional establece (después de enumerar las competencias del Congreso) que le corresponde: "Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina".

En concreto, este inciso habilita al Congreso para programar los medios e instrumentos *convenientes* (no sólo los indispensables) para efectivizar las atribuciones enumeradas en los treinta y un incisos anteriores del art. 75. La Corte Suprema ha advertido que esa actividad debe ejercerse respetando las demás cláusulas de la Constitución ("Jefatura de Policía de Concordia", *Fallos*, 139:259, y "F. C. del Sud", *Fallos*, 183:190) y que, en definitiva, no "crea" atribuciones de *fondo*, sino *operativas*: la de elegir las vías y medios para cumplir con aquéllas ("Suárez", *Fallos*, 121:205).

b) *Poder Ejecutivo.* También se entiende que el presidente cuenta con los medios e instrumentos para ejercer sus competencias constitucionales, y las emergentes de la ley. La Corte Suprema ha dicho que en la práctica de esos poderes, necesarios para que el Poder Ejecutivo cumpla con sus cometidos, no hay usurpación de autoridad ("Roca", *Fallos*, 277:380, y "Santoro", *Fallos*, 272:231). En "Bianchi" (*Fallos*, 248:398), habló de "facultades implícitas que son inherentes a *todo* poder estatal"; y en "Orfila", que "para poner en ejercicio un poder conferido por la Constitución a cualquiera de los órganos de Gobierno nacional, es indispensable admitir que éste se encuentra autorizado a elegir los medios que, a su juicio, fuesen los más conducentes para el mejor desempeño de aquéllos, siempre que no fuesen incompatibles con alguna de las limitaciones impuestas por la misma Constitución" (*Fallos*, 154:200).

c) *Poder Judicial.* La Corte Suprema ha manifestado que como órgano superior y cabeza de uno de los poderes del Estado, tiene facultades implícitas, connaturales e irrenunciables para salvaguardar el libre ejercicio y la eficiencia de la función específica que deben desempeñar los jueces; por ejemplo, para obligar al Poder Ejecutivo a respetar lo indicado por un magistrado sobre el lugar de detención de un preso ("Berrueta", *Fallos*, 301:205), o conferir operatividad a la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones judiciales ("Bonorino Peró", *Fallos*, 307:2174), o para hacer ejecutar sus decisiones ("Sosa", *Fallos*, 325:2723).

d) *Poder constituyente.* Hemos visto también que la asamblea o Convención Constituyente tiene poderes inherentes a su condición de cuerpo del Estado, bien que ellos están recortados por las prescripciones de la ley de convocatoria (§ 406 y siguientes).

§ 621. ***Importancia y subfunciones del sistema de relaciones y controles. Política de equilibrio.*** – Como directriz general puede puntualizarse, al decir de la Corte Suprema, que dentro del sistema republicano patrocinado por la Constitución, el accionar de los poderes del Estado debe ser armónico y coordinado, y que, aun cuando ellos tengan atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. Caso contrario, se descompensaría el sistema constitucional ("Lona", *Fallos*, 327:46).

El sistema de relaciones y controles puede ser *intraórgano*, cuando se plantea en el interior de un órgano del Estado, o *extraórgano* (Loewenstein), cuando un órgano vigila a otro.

Asimismo, dicho sistema origina *subfunciones* que se presentan dentro de un régimen de control extraórgano, tales como las siguientes:

a) *Subfunción electiva.* Cuando un órgano interviene en la integración de otro.

b) *Subfunción cognoscitiva e inspectiva.* Tiene lugar si un órgano averigua y fiscaliza la gestión de otro.

c) *Subfunción integrativa.* Cuando la voluntad de un órgano es necesaria, junto con la de otro, para adoptar una decisión (acto *complejo*).

d) *Subfunción reguladora.* Se lleva a cabo si un órgano influye en las resoluciones que otro debe tomar.

e) *Subfunción sancionadora.* Prevista para el caso de que un órgano pueda castigar a otro, ante la comisión de ciertas infracciones.

En definitiva, la Constitución nacional programa una política de "equilibrio de poderes" ("Pérez", *Fallos*, 310:1090, y "Peyrú", *Fallos*, 310:1402, y sus citas).

§ 622. ***Relaciones y controles del poder constituyente.*** – Este poder está autocontrolado por el reglamento que él mismo se dicte, mientras que el control extraorgánico está principalmente a cargo del Congreso, cuando ejercita el poder preconstituyente mediante la ley de convocatoria (ver § 413). El Poder Judicial puede igualmente controlarlo cuando declara la inconstitucionalidad de una reforma constitucional (CSJN, "Fayt", *Fallos*, 322:1616).

A su turno, el poder constituyente puede controlar a los otros poderes del Estado, verbigracia, reduciendo el mandato del presidente o el de los legisladores, en tanto la ley de convocatoria lo haya habilitado.

§ 623. ***Relaciones y controles del poder electoral.*** – Se encuentra controlado por el Congreso, por ejemplo, cuando dicta el Código Nacional Electoral y establece los regímenes de representación; por el presidente, mediante los decretos de convocatoria a eleciones, y por el Poder Judicial, mediante la aprobación de boletas y candidaturas.

Por su parte, el poder electoral influye en el Congreso y en el presidente con papeles integrativos, al cubrir en los comicios las vacantes respectivas.

§ 624. ***Relaciones y controles del Congreso.*** – Se presentan estas situaciones.

a) *Como sujeto controlado.* El control *intraorgánico* verbigracia, cuando una sala del Congreso revisa los proyectos aprobados por la otra, o cuando una cámara castiga a uno de sus miembros (arts. 66 y 70, Const. nacional). El *extraorgánico* se presenta, por ejemplo, si el presidente convoca al Congreso a sesiones extraordinarias o de prórroga, o si el Poder Judicial declara inconstitucional a una ley.

b) *Como sujeto controlador.* Teóricamente el Poder Legislativo debería ser el "gran controlador". Así, disciplina al poder constituyente mediante su poder de convocatoria (ver § 422 y 465), y al poder electoral, según apuntamos ya, mediante la sanción del código respectivo y la legislación reguladora de la representación política, además de ser juez de las elecciones, derechos y títulos de los legisladores (art. 64, Const. nacional).

Sólo el Poder Ejecutivo está habilitado para ejercer subfunciones *electivas*, por ejemplo, cuando proclama a los candidatos electos (ver § 533 y ss.), o determina quién se hace cargo de la Presidencia cuando hay doble acefalía (art. 88). También asume las subfunciones *cognoscitivas* y de *inspección* al formular, verbigracia, interpelaciones a los ministros (art. 101), o nombrar comisiones investigadoras (ver § 494). Vigila igualmente a la administración a cargo del presidente mediante la Auditoría General de la Nación (art. 85), o el defensor del pueblo (art. 86). La subfunción *integrativa* del Congreso aparece –entre otros casos– al dar "autorizaciones" al Poder Ejecutivo para declarar la guerra (art. 75, inc. 25), o aprobar tratados internacionales (art. 75, inc. 22). La subfunción *reguladora*, también a título de muestra, al determinar por ley el número de ministerios (art. 100) o fijar el sueldo del presidente (art. 92).

En cuanto el Poder Judicial, el Congreso influye en él, verbigracia, al prestar el Senado acuerdo para la designación de todos los jueces federales (art. 99, inc. 4) (subfunción *electiva*), y determinar el número de jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores, y su presupuesto (subfunción *reguladora*).

En las actuaciones "Soria" (*LL*, 1997-D-264), la Corte Suprema recibió una nota de la Comisión Bicameral especial de seguimiento de los atentados a la Embajada de Israel y al edificio de la AMIA, conociendo en la primera de esas causas la Corte en virtud de su competencia originaria y exclusiva (art. 117, Const. nacional). El alto tribunal entendió que la Comisión Bicameral solamente podía actuar en el expediente judicial a título de aportadora de pruebas, tesis que proyectada a otras causas tribunalicias impide a los cuerpos legislativos intervenir en los procesos judiciales penales, salvo para el referido aporte de pruebas, pues de lo contrario interferiría en el ámbito del Poder Judicial.

En cuanto la actuación del Congreso sobre el Ministerio Público, nos remitimos al § 637.

§ 625. ***Crisis del control parlamentario.*** – Con particular referencia al Poder Ejecutivo, la Argentina –como otros países– registra una grave crisis de control legislativo.

¿Cuáles son sus razones? Por un lado, hay materias (v.gr., fondos reservados, seguridad, planes de alta complejidad) en las cuales ese control es casi imposible, desde el momento en que el Congreso no dispone del personal ni de los medios técnicos con que cuenta el Poder Ejecutivo para operar. Ciertas áreas son, pues, de hecho *impenetrables*. Pero también el Congreso ha abdicado de sus competencias fiscalizadoras: en parte por facilismo (es más cómodo no controlar que hacerlo), en parte por la fuerte dosis de liderazgo presidencial, que amedrenta a no pocos legisladores; en parte también por las costumbres y estilos políticos, ya que los partidos son a menudo renuentes a investigar el comportamiento de sus hombres en el desempeño de las funciones públicas. Loewenstein destaca además que muchas veces el jefe de Estado maneja las precandidaturas de legisladores de su partido y eso provoca que ciertos congresales, para ser reelectos, prefieran no investigar demasiado a aquél.

§ 626. ***Juicio político.*** – El instrumento más significativo de control del Congreso sobre los poderes Ejecutivo y Judicial es el *juicio público*, vulgarmente llamado *juicio político*, instrumentado por los arts. 53, 59 y 60 de la Const. nacional.

Las reglas constitucionales disponen al respecto: "Sólo ella [la Cámara de Diputados] ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de Gabinete de Ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes" (art. 53).

"Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes" (art. 59).

"Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios" (art. 60).

Aparte de estas prescripciones, el juicio político está contemplado en los reglamentos de ambas cámaras. Nada impediría, a tenor del art. 75, inc. 32, de la Const. nacional, que se dicte una ley reglamentaria sobre el particular.

§ 627. ***Naturaleza.*** – Se discute si el *juicio político* tiene carácter de proceso *jurisdiccional* o exclusivamente *político*. En principio, es un mecanismo de saneamiento institucional, destinado a desplazar a magistrados y funcionarios no idóneos para desempeñar un cargo, de ahí su matiz *político* (Tocqueville, Brossard y Tucker). Pero también puede conllevar sanciones de carácter penal, como la inhabilitación para ocupar aquel cargo en el futuro. Por eso, su naturaleza es mixta: *político-judicial* (Lessa, Guimaraes y Natal, citado por Brossard).

Prueba de esa doble condición es que los miembros del Senado, cuando actúan en el juicio político, deben prestar juramento de "administrar justicia con imparcialidad y rectitud, conforme a la Constitución y leyes de la Nación", y dictan fallo "constituido en tribunal", según el reglamento respectivo (arts. 1°, 2° y 16).

§ 628. ***Sujetos comprendidos.*** – Según el texto constitucional, los sujetos afectados por el juicio político son el presidente de la República, el vicepresidente, el jefe de Gabinete de Ministros, y los ministros y los magistrados de la Corte Suprema.

La redacción original de la Constitución de 1853 comprendía también a los gobernadores de provincia y a los senadores y diputados nacionales.

La reforma constitucional de 1994 incluyó entre los sujetos enjuiciables al jefe de Gabinete de Ministros, pero excluyó a los

jueces inferiores a la Corte Suprema, para los cuales creó un Jurado de Enjuiciamiento (art. 115; ver § 600), medida recomendable, ya que procura erigir un organismo más operativo e imparcial para tales magistrados.

Se discute si por ley es posible incorporar al número de sujetos comprendidos por el juicio político, a otros no mencionados en la Constitución. Esto ha ocurrido en virtud de ciertas leyes, y de hecho importa para tales sujetos una prerrogativa especial: la de no poder ser enjuiciados penalmente hasta tanto sean removidos (ver § 632; arg. art. 60, Const. nacional). En "Molinas", la Corte Suprema ha reputado inconstitucional la extensión a que hacemos referencia (*LL*, 1992-A-337), posición que compartimos con Bidart Campos. No obstante, la ley 24.946 declaró comprendidos en el juicio político al procurador general y al defensor general de la Nación (art. 18).

También es polémico determinar si puede ser sometido al juicio político quien ha cesado en sus funciones. Pueden presentarse tres alternativas al respecto: *a*) petición de juicio político a quien ya dejó el cargo; *b*) continuación del trámite del juicio político a quien cesó en su puesto *después* de la presentación del petitorio, pero *antes* de la acusación de la Cámara de Diputados, y *c*) prosecución del procedimiento si el cese se operó *después* de la acusación de los diputados, pero *antes* de la sentencia del Senado.

La jurisprudencia parlamentaria estadounidense es contradictoria (p.ej., en los casos "Belknap" y "Nixon"). En la Argentina, los antecedentes son también contrapuestos. Actualmente, la Cámara de Diputados de la Nación no acusa si el denunciado ha cesado en su cargo (como en los casos "Zito Soria" y "González Moreno").

Aunque el punto es harto discutible, cabe concluir que si el propósito primario del juicio político es la remoción del acusado, habiendo cesado éste en sus funciones, queda satisfecho tal objetivo.

§ 629. ***Causales.*** – La Constitución enuncia en su art. 45 *tres* motivos de remoción. Por vía de ley o de jurisprudencia no sería válido añadir otras (Tribunal de Enjuiciamiento de Magistrados, nº 8, "Favier", *LL*, 133-938).

a) *Mal desempeño.* Es un concepto elástico, equivalente a un *tipo penal abierto*. Comprende actos dolosos o culposos, e incluso hechos no imputables al enjuiciamiento (como su mala salud), que evidencien incapacidad para ejercer el cargo. El *mal desempeño* puede aludir a impericia técnica o a falta de cualidades éticas para ocupar la magistratura en cuestión.

El art. 110 de la Const. nacional, con referencia a los jueces, indica que "conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta". La *no buena conducta* es un caso de *mal desempeño*, a los fines del art. 53 de la Const. nacional.

En "Nicosia" (*ED*, 158-237), la Corte Suprema, con tino, observó que la figura del "mal desempeño" no requiere que los hechos del caso impliquen delito.

b) *Delitos en el ejercicio de sus funciones.* En tal hipótesis, la Cámara de Diputados acusa (y el Senado juzga) que el inculpado ha cometido un delito específico a raíz de su desempeño en el cargo (incumplimiento en los deberes de funcionario público, privación ilegítima de la libertad, abuso de autoridad, etcétera). Si con posterioridad a su destitución, mediante el juicio político, el funcionario o magistrado removido es sobreseído o absuelto en sede penal, esa decisión judicial no provoca su reasunción al cargo (CFed BBlanca, "Castillo, R. C.", *LL*, 7-666).

c) *Crímenes comunes.* Al momento de dictarse la Constitución, la doctrina penal distinguía entre *crímenes* y *delitos*, reputando a los primeros como una especie particular de los segundos (es decir, los más graves). Por tanto, basta haber cometido un *delito* en el ejercicio de la función, para viabilizar el juicio político; pero si se trata de un ilícito común, ajeno al cargo, deberá tratarse de un *crimen*.

§ 630. ***Trámite.*** – Comprende dos etapas, una en la Cámara de Diputados, y otra en el Senado.

a) *Diputados.* El pedido de juicio político, según la experiencia local, puede plantearlo cualquier ciudadano.

La solicitud se gira a una comisión de juicio político –según establece el reglamento de la Cámara–, la que habitualmente escucha al denunciado. La decisión de la sala de promover el juicio

político se adopta, cualquiera que sea el motivo, por los dos tercios de los miembros presentes en el momento de la votación. De aprobarse así la acusación, se designa una comisión que la llevará al Senado, comportándose ante éste como fiscal.

b) *Senado*. Según se apuntó, la Constitución dispone que sea presidido por el presidente de la Corte Suprema, cuando el acusado es el presidente de la Nación (se obvia la abstención del vicepresidente de la República, al mismo tiempo presidente del Senado; porque sería éste quien sucedería al presidente en la primera magistratura). En cualquier hipótesis, los senadores deben prestar juramento (que según el art. 1º del reglamento especial de la sala, lo es para "administrar justicia con imparcialidad y rectitud, conforme a la Constitución y a las leyes de la Nación"). La declaración de culpabilidad demanda los dos tercios de los votos de los senadores presentes.

El reglamento del Senado prevé una comisión de juicio político que, entre otras tareas, debe dictaminar sobre las causas de responsabilidad de los acusados (art. 99).

En "Nicosia" (*ED*, 158-237), la Corte Suprema explicitó que el principio del debido proceso rige también en el juicio político, e incluye el derecho, para el sujeto involucrado, de hacer valer sus medios de defensa y producir prueba. Se trata de un proceso, agregó, donde también hay acusación, alegatos y está orientado a administrar justicia.

El reglamento senatorial especial para el juicio político prevé los siguientes pasos: 1) *acusación*, 2) *defensa*, 3) *prueba*, y 4) *sentencia*.

En "Moliné O'Connor" (y después, en "Boggiano", sentencia de 18/8/06), la Corte Suprema, integrada por conjueces, ratificó la judiciabilidad de la sentencia destitutoria del Senado en orden al respeto del derecho de defensa en juicio, argumentando, además, que ello tenía fundamento en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 25), cuando prevé un recurso ante órganos judiciales para tutelar los derechos enunciados en esa Convención ("Moliné O'Connor", *JA*, 2004-III-499).

Sin embargo, el alto tribunal aclaró que, por no tratarse el juicio político de un proceso penal, el rigor de las formas procesales no puede exigirse en el primero con igual intensidad que en el segundo. Añadió que la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados no está obligada a aceptar toda la prueba que ofrezca la defensa, sino solamente la que estime adecuada, y que, si el removido se queja por la no realización de alguna probanza, debe demostrar qué incidencia esa prueba faltante tendría en la suerte de lo decidido. También entendió que las recusaciones contra los legisladores deben ser restrictivas, ya que no hay mecanismos de subrogancia o reemplazo de los diputados y senadores recusados, y que las materias reservadas al parlamento en materia de juicio político no son revisables por los jueces.

En el mismo orden de ideas, el veredicto advirtió que un juez no podía ser destituido por el contenido de sus sentencias, pero que la configuración de la causal del mal desempeño detectada por el Senado en un fallo era irrevisible judicialmente. Concluyó que si la acusación y la destitución se produjeron con las mayorías calificadas exigidas por la Constitución, desconocer esa voluntad implicaría ignorar la voluntad popular expresada por sus representantes, con menoscabo para las instituciones democráticas.

La sentencia, de singular importancia, incurre en una apreciación sociológica que no emana del texto constitucional (en el sentido de que lo resuelto por el Congreso importa la expresión de la voluntad popular) y en una categorización conceptual: que la evaluación de las razones políticas asumidas por el Poder Legislativo, para tipificar el "mal desempeño", importa entrar a un recinto no justiciable. Pensamos que este último aspecto es justiciable, en términos de meritación de razonabilidad, como tope de lo constitucional, del mismo modo, por ejemplo, que los arrestos dispuestos por el Poder Ejecutivo durante el Estado de sitio (§ 727) o la razonabilidad, en términos generales, de las leyes (§ 1183). Por lo demás, el presunto dato sociológico que identifica voluntad de las cámaras legislativas con voluntad popular, no significa que esa misma voluntad esté exenta de control de constitucionalidad, como la de cualquier órgano del Estado. Como bien dijo la Corte Suprema de Iowa, en "Hunter v. Colfax", la Constitución protege al pueblo de los excesos del gobierno, pero también de los excesos del propio pueblo (citado por Schwartzman, *Los poderes del gobierno*).

§ 631. ***Suspensión del acusado.*** – La Constitución no habla de la eventual suspensión del sujeto pasivo del juicio político, du-

rante el trámite de éste. La práctica es diversa: hay muchos casos en que el Senado así lo ha hecho, respecto de jueces. Entendemos que la Constitución no permite tan importante decisión, pero si se la entiende vigente como regla de derecho consuetudinario constitucional, permitiría también suspender, por ejemplo, al presidente de la Nación, si fuese involucrado en un proceso similar.

El reglamento especial del Senado establece que finalizado el trámite del traslado de la acusación y de su contestación, la Cámara podrá suspender preventivamente al acusado, sin pago de sus retribuciones (art. 4° *in fine*).

En "Moliné O'Connor", la Corte Suprema convalidó la atribución senatorial de suspender a los acusados, de modo discrecional, fundándose en los antecedentes habidos en el tema, las facultades reglamentarias del cuerpo y en el desempeño por aquella Cámara de poderes implícitos (ver § 620), habiéndose adoptado la suspensión por los dos tercios de votos (*JA*, 2004-III-548).

§ 632. ***El enjuiciamiento penal de los sujetos amparados por el juicio político.*** – El art. 60 *in fine* de la Const. nacional prescribe que la parte condenada, mediante el juicio político, "quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios".

Actualmente, la ley 25.320 (art. 1°) adoptó para los sujetos sometidos al juicio político un régimen de inmunidad en materia de sometimiento a proceso penal similar al establecido para los legisladores, en el sentido de que se pueden iniciar tales actuaciones y ser llamados a declaración indagatoria, pero que, si el convocado se niega a hacerlo, el juez en lo criminal deberá solicitar previamente su juicio político. Tampoco puede arrestarlo sin que sea anteriormente separado de su cargo, por igual trámite. El afectado está autorizado a presentarse al tribunal a fin de aclarar los hechos y ofrecer pruebas. Salvo aquellas restricciones, el proceso penal debe seguir en todo lo posible (ver § 485).

§ 633. ***Operatividad.*** – En la práctica nacional, nunca un presidente, vicepresidente o ministro fue siquiera acusado por la Cámara de Diputados mediante el juicio político.

Con respecto a los jueces, entre 1862 y 1976 se produjeron cuarenta y ocho casos de juicio político: en treinta y siete, la Cámara de Diputados no hizo lugar a la acusación; dos quedaron sin pronunciamiento del Senado; dos concluyeron con absolución y hubo siete condenas por la Cámara alta. El caso más célebre fue en 1947, cuando resultaron destituidos tres miembros de la Corte Suprema y el procurador general, por una condena senatorial, duramente criticada por alta dosis de partidismo.

Es evidente la inoperatividad y, en general, dudosa legitimidad de este mecanismo que, por lo común, ha sido más juicio *partidista* que *político*.

§ 634. ***El "ombudsman".*** – Una pieza moderna y significativa en cuanto a las relaciones de control entre los poderes es la figura del *ombudsman*, situada por el art. 86 de la Const. nacional en el Congreso (§ 474 y ss., y 624).

§ 635. ***Relaciones y controles del Poder Ejecutivo.*** – Analicemos la cuestión en sus dos aspectos: como controlado y como controlador.

a) *Como sujeto controlado.* En el ámbito del Ejecutivo existen diversas reparticiones que realizan un relativo control *intraorgánico*, no previstos por la Constitución, pero surgidas de la legislación infraconstitucional.

1) *Sindicatura General de la Nación.* La ley 24.156 reguló este organismo, con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del presidente de la Nación (art. 97), con tareas de *control interno* del Poder Ejecutivo (art. 96). El *control externo* opera, básicamente, por la Auditoría General de la Nación, dependiente del Congreso (ver § 472), y por el defensor del pueblo (§ 473).

2) *Procuración General del Tesoro de la Nación.* El procurador general del Tesoro es director del Cuerpo de Abogados del Estado (ley 12.954). Pero además de representar jurídicamente y asesorar al Poder Ejecutivo, desempeña tareas de control de legalidad sobre la actuación de la Administración pública, a fin de custodiar la rectitud en los procedimientos administrativos.

3) *Justicia administrativa*. No obstante la prohibición del art. 109 de la Const. nacional, existen en la Argentina ciertos órganos del Poder Ejecutivo que cumplen tareas jurisdiccionales, que en diversos casos implican actos de control sobre la propia administración, según hemos desarrollado en el § 594.

b) *Como sujeto controlador*. En cuanto al *Poder Judicial*, el Ejecutivo cumple subfunciones electivas de control, desde el momento en que nombra a todos los magistrados del Poder Judicial de la Nación (art. 99, inc. 4, Const. nacional), con acuerdo del Senado. Esto provoca –por el sistema de lealtades personales existentes en el país– seguimientos e influencias que perjudican (con mayor o menor grado, según las épocas y los tribunales) la autonomía e imparcialidad de la judicatura (ver § 601).

También interviene el Poder Ejecutivo en la designación del procurador general y del defensor general de la Nación (ver § 619).

Continuando con el Poder Judicial, el Ejecutivo debe cumplir una subfunción reguladora mediante los indultos o las conmutaciones de penas que puede dictar (art. 99, inc. 5, Const. nacional), uno de cuyos objetivos es reparar los daños causados por condenas judiciales severas, inicuas, imprudentes o contrarias a la paz social.

Con relación al *Poder Legislativo*, Loewenstein destaca que en la práctica política muchos presidentes –al mismo tiempo líderes de los partidos políticos mayoritarios– influyen en la integración de las listas de candidatos a legisladores, con lo cual, de hecho, actúan en funciones *preelectivas* de éstos. A la vez, la Constitución nacional encomienda al Poder Ejecutivo subfunciones de *integración* y de *regulación* con y sobre el Congreso, como, por ejemplo, al inaugurar anualmente sus sesiones (art. 99, inc. 8); prorrogar o convocar a sesiones extraordinarias (art. 99, inc. 9); permitirle introducir proyectos de ley (art. 77); concurrir, por medio de los ministros, a las sesiones y tomar parte en sus debates (art. 106); aprobar los proyectos de ley (art. 80), o vetarlos (art. 83); promulgar las leyes y publicarlas (art. 99, inc. 3); y, finalmente, reglamentarlas (art. 99, inc. 2); todo lo cual involucra una importantísima coactuación del presidente en la tarea legisferante.

§ 636. ***Relaciones del Poder Judicial.*** – También aquí surgen las variantes de poder controlado y controlador.

a) *Como sujeto controlado*. El Poder Judicial es controlado por el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo (es decir, el Senado), en la función electiva de sus miembros, que compete al presidente y a la Cámara alta. Esto ha significado también un cierto control regulador posterior en el comportamiento de la judicatura, ya que, como bien decía Alberdi, "quien hace al juez hace a la justicia". En este punto nos remitimos al § 601.

Mediante la creación de los cargos judiciales, del dictado de las normas de procedimiento y de organización de tribunales y, finalmente, en virtud del juicio político (subfunción sancionadora), el Congreso vigila, asimismo, al Poder Judicial. En cuanto al *ombudsman*, ver § 476 y 624.

El Ministerio Público fiscaliza también la gestión de los tribunales, principalmente para velar por la supremacía constitucional, los derechos humanos y el debido proceso (art. 25, ley 24.946).

Además, existen mecanismos internos de control, dentro del propio Poder Judicial, tanto por las inspecciones que realizan los órganos superiores sobre los inferiores, como merced a los recursos (de apelación, nulidad, inaplicabilidad de ley, revisión, etc.), y en particular por medio del recurso extraordinario federal (ver § 327), previsto sustancialmente para afianzar la vigencia de la Constitución.

b) *Como sujeto controlador*. La vía clásica de control judicial sobre los poderes Ejecutivo y Legislativo es la declaración de inconstitucionalidad de normas, en cualquier proceso, dado el régimen difuso o desconcentrado de control de constitucionalidad que reina en la Argentina (ver § 300), pero en particular mediante procesos y recursos constitucionales como la acción declarativa de inconstitucionalidad, el amparo y hábeas corpus, y el recurso extraordinario federal (ver § 305 y siguientes). Esto tipifica el Poder Judicial argentino como un verdadero *poder moderador* (Vanossi).

§ 637. ***Relaciones del Ministerio Público.*** – Este órgano extra poder cuenta con un doble género de vínculos en materia de control.

a) *Como sujeto controlado*. Tanto el procurador general de la Nación como el defensor general de la Nación son designados

por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, por dos tercios de sus miembros presentes (art. 5°, ley 24.946), circunstancia que evidencia desde el inicio de sus funciones una suerte de control preventivo por parte de la Presidencia y de la Cámara alta. También su remoción, mediante el trámite del juicio político (art. 18), exhibe una revisión de desempeño por parte del Congreso, al que deben informar anualmente de su gestión (art. 32, ley 24.946).

Igualmente ejerce inspección el Poder Legislativo sobre el Ministerio Público en el control de la administración y ejecución de su presupuesto, a través de la Auditoría General de la Nación y de la Comisión Bicameral ad hoc del Congreso (art. 24).

En el interior del Ministerio Público, el poder disciplinario corresponde en sus respectivos ámbitos al procurador general y al defensor general, aunque sus sanciones son apelables en sede judicial (art. 16, ley 24.946). Para los casos graves, el procedimiento de remoción se confía a un tribunal de enjuiciamiento, según ya vimos (§ 618), donde entre otros hay tres miembros designados respectivamente por el Poder Ejecutivo, por el Senado y por la Corte Suprema (art. 19, ley 24.946).

El Poder Judicial puede aplicar correcciones disciplinarias a los miembros del Ministerio Público (incluso al procurador general y al defensor general), en los procesos donde actúen (art. 17, ley 24.946).

b) *Como sujeto controlador.* El Ministerio Público es un órgano de control por excelencia. En particular, le toca velar en las causas donde se desempeñe por una recta administración de justicia, en lo que hace al debido proceso legal, la tutela de los derechos humanos en los casos penales y en los establecimientos de detención, o plantear reclamos en tutela de la observancia de la Constitución, de la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (art. 25, incs. *a*, *b*, *f*, *g*, *j*, *k* y *l*, ley 24.946).

La misma ley 24.946 depositó en el área del procurador general de la Nación a la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, otrora situada en la esfera del Poder Ejecutivo. A ella le corresponde "promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la Administración nacional centralizada y descentralizada, y de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado tenga participación" (art. 45, inc. *a*).

Debe denunciar ante la justicia los delitos que descubra en aquel quehacer, y puede asumir en ellos el ejercicio directo de la acción pública (art. 45, inc. *c*). Por lo demás, para las irregularidades administrativas, pasa las actuaciones a la Procuración del Tesoro de la Nación o al funcionario jerárquico que corresponda, para la instrucción del sumario correspondiente (art. 49, ley 29.496).

Todo esto importa un significativo trabajo de control de la gestión presidencial y del jefe de Gabinete, aunque en los hechos dicha función ha suscitado en los últimos años graves críticas por su falta de ahínco y de efectividad.

§ 638. ***Conflicto de poderes.*** – ¿Qué ocurre si un poder invade las competencias de otro? ¿Y qué si, al realizar actos de control sobre la gestión de los restantes, uno de los poderes incurre en abusos o excesos inconstitucionales, o se niega a cumplimentar lo dispuesto por un par suyo?

La Constitución nacional no aclara quién dirime tales controversias. Muchas de ellas tienen solución por medio de las acciones, procesos y recursos inconstitucionales, donde es válido que el Poder Judicial descalifique leyes, decretos y hasta sentencias del Senado actuando en el juicio político (ver § 328).

Sin embargo, ciertas cuestiones no siempre son encausables en virtud de los mecanismos procesales indicados. Al respecto, nuestro derecho consuetudinario constitucional ha arbitrado una respuesta en el art. 24, inc. 7°, del decr. ley 1285/58 (ley orgánica del Poder Judicial de la Nación). Esta norma deja en manos de la Corte Suprema la solución de problemas de competencia entre magistrados que no tienen un superior común; pero dicho tribunal ha extendido la aplicación de tal precepto a otros problemas, "ya que de otro modo no podrían tener solución adecuada" ("Moreno", *Fallos*, 246:237, y "Ainza", *Fallos*, 247:436). El mismo inciso ha servido también para atender casos de desobediencia de autoridades militares a órdenes judiciales ("Moreno", *Fallos*, 246:237), o de negativa de un ministro nacional a ejecutar una orden también judicial ("Vallejo", *Fallos*, 292:542).

En "Unión Obrera Metalúrgica" (*DJ*, 1996-1-1108), la Corte Suprema ratificó su competencia para conocer originariamente en

"la invasión que un poder del Estado puede hacer de la zona reservada de actuación de otro", aunque ello no implique, en sentido estricto, "un conflicto de competencia jurisdiccional o un conflicto de poderes". En este caso, el alto tribunal señaló que dirimía el conflicto ejerciendo atribuciones "a modo de una facultad administrativa o de superintendencia".

Posteriormente, en "Rodríguez, Jorge" (*LL*, 1997-F-884), la Corte Suprema (por mayoría) puntualizó que "la invasión que un poder del Estado pudiera hacer respecto de la zona de reserva de actuación de otro importa siempre, por sí misma, una cuestión institucional de suma gravedad, que independientemente de que trasunte un conflicto jurisdiccional o un conflicto de poderes en sentido estricto, debe ser resuelta por esta Corte, pues es claro que problemas de tal naturaleza no puedan quedar sin solución", y lo hizo invocando facultades implícitas e inherentes como órgano supremo de la organización judicial e intérprete final de la Constitución, en el caso para impedir la actuación de magistrados en cuestiones no justiciables, señalando que ello no implicaba el ejercicio de la jurisdicción originaria de la Corte.

A pesar de esta última afirmación, de hecho el alto tribunal ha añadido una vía de conocimiento originario a su cupo de competencias, ya que al resolver los conflictos de poderes lo está haciendo algunas veces en primera instancia, sin requerir mayores recaudos en cuanto el monto de conocer en esas controversias. Se trata de una laguna constitucional en el art. 117 de la Const. nacional, cubierta por el derecho consuetudinario y al estilo del derecho comparado, donde para decidir esas cuestiones se recurre, con frecuencia, al máximo tribunal constitucional del país (dada la intrínseca gravedad de un conflicto de poderes, y la necesidad de dar una respuesta muy pronta y definitiva, por un tribunal muy calificado).

Naturalmente, la doctrina de los conflictos de poderes en la Argentina que hemos apuntado, puede desnaturalizar el control difuso de constitucionalidad si cada vez que el Poder Ejecutivo invoca que un juez está penetrando en sus competencias privativas, ocurre a la Corte Suprema. Con este criterio, miles de causas podrían transportarse apenas iniciadas a la Corte, ante la mera alegación de dicho conflicto. En definitiva, la doctrina reseñada exige una aplicación excepcional y restrictiva, circunscripta a casos donde sea notoria la invasión de un poder del Estado a los terrenos institucionales de otro, y no haya remedios judiciales idóneos para resolverla eficazmente en otras instancias previas a la Corte Suprema.

CAPÍTULO XVI

PODER PROVINCIAL

A) "STATUS" JURÍDICO-POLÍTICO DE LAS PROVINCIAS

§ 639. ***INTRODUCCIÓN. ORIGEN HISTÓRICO Y NORMATIVO DE LAS PROVINCIAS.*** – Según la terminología de la Constitución, tanto el "Gobierno federal" (Parte 2ª, Tít. I), como los "gobiernos de provincia" (Parte 2ª, Tít. II), son autoridades de la Nación. La segunda parte de la Constitución, en efecto, comprensiva de los gobiernos federal y de provincia, así se llama: "Autoridades de la Nación".

Esto permitiría conceptualmente distinguir tres niveles de poder en la Argentina: la *Nación*, es decir, el *Estado nacional*, el *Gobierno federal* y los *gobiernos de provincia*; sin embargo, en la práctica consuetudinaria a los dos primeros se los unifica.

Ciertas provincias han preexistido históricamente a la Nación (Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba, Entre Ríos, Corrientes, Salta, Jujuy, Tucumán, San Juan, Mendoza, San Luis, Santiago del Estero, Catamarca y La Rioja). La Corte Suprema ha reconocido jurídicamente esa preexistencia, al señalar que "conservan después de la adopción de la Constitución nacional todos los poderes que *antes tenían*, y con la misma extensión, a menos de contenerse en aquel código alguna expresa disposición que restrinja y prohíba su ejercicio" ("Blanco", *Fallos*, 1:170).

No obstante, en el plano estrictamente normativo, existen en la Constitución los poderes provinciales, en virtud de que

quien ejerció el poder constituyente nacional en 1853-1860 así lo dispuso, y conforme él lo estableció. Ese constituyente fue el "pueblo de la Nación Argentina", como puntualiza el Preámbulo, y no las provincias, aunque éstas sí convocaron e hicieron elegir a los miembros de la asamblea constituyente (ver § 227 y siguientes).

Las provincias posteriores a 1853-1860 nacieron como consecuencia de decisiones de los poderes constituidos por la Constitución nacional.

§ 640. *Naturaleza jurídica de las provincias. ¿Son Estados? ¿Tienen soberanía o autonomía?* – El art. 122 de la Const. nacional, refiriéndose a las provincias, indica: "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".

El art. 123 añade: "Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5°".

La Corte Suprema, en diversas sentencias, habló de la *soberanía absoluta* de las provincias en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación ("Resoagli", *Fallos*, 7:373). También sostuvo que *los poderes de la soberanía* se encuentran divididos, según la Constitución, entre el Gobierno nacional y los provinciales; los del primero "revisten la calidad de *supremos y absolutos*", en todo el territorio de la República. En cuanto a los segundos, tienen *el mismo carácter*, pero se ejercen únicamente en el perímetro de cada provincia ("Banco de Córdoba", *Fallos*, 147:239). Paralelamente, en otros pronunciamientos señaló que la Constitución quiso hacer un solo país para un solo pueblo, pero no en forma de Nación centralizada, sino que ha fundado "una unión indestructible de Estados indestructibles" ("Bressani", *Fallos*, 178:9). También sostuvo, finalmente, que las provincias son "*soberanas* e *independientes* entre sí" ("Casías, Raffo, Correa y Casas Ferrer c/Armstrong", *Fallos*, 14:18) esto es, "Estados *independientes* entre sí" ("Armstrong", *Fallos*, 13:456).

Sin embargo, otras sentencias de la Corte Suprema hablan de *autonomía* provincial, en lugar de soberanía ("Berga", *Fallos*, 271:206, y "Cardillo", *Fallos*, 240:311), aunque subrayan su condición de *Estados*, y no de meras divisiones administrativas de la Nación ("Cardillo", *Fallos*, 240:311).

Jurídicamente, las provincias se perfilan, según la Corte, como personas de *existencia necesaria* ("Luz y Fuerza", *Fallos*, 188:383, y "Prov. Salta", *Fallos*, 311:1797).

§ 641. *Secesión de provincias.* – Este punto ha sido tratado en el § 368, al cual nos remitimos.

§ 642. *Igualdad de las provincias.* – En "Prov. de la Pampa c/Prov. de Mendoza" (*Fallos*, 310:2520), la Corte Suprema aplicó el principio estadounidense de *igualdad política*, a las provincias que forman la federación argentina, aunque, aclaró, ello no importaba su *igualdad económica*. Citando a la Corte Suprema norteamericana, nuestro alto tribunal explicó que "nunca ha habido igualdad entre los Estados en ese sentido".

§ 643. *Excepciones a la igualdad. El caso de las "nuevas provincias".* – Existen, no obstante, salvedades a la regla de la igualdad jurídico-política de las provincias. Por ejemplo, ¿están en igualdad de trato las provincias "viejas" (esto es, las catorce existentes en el momento de sancionarse la Constitución de 1853-1860) y las "nuevas" (creadas después)?

El problema también fue atendido por la Corte Suprema, en "Prov. de La Pampa c/Prov. de Mendoza", al discutirse los actos de disposición adoptados por el Gobierno nacional respecto de bienes de un territorio federal, antes de que en él fuera erigida una nueva provincia. En definitiva, la Corte Suprema exigió que esas decisiones, para obligar a la nueva provincia, debían haber contemplado el interés de ella. Por eso, la Corte declaró no vinculatorio para la provincia de La Pampa el acuerdo celebrado entre la Nación y la provincia de Mendoza, sobre el río interprovincial Atuel, suscripto cuando La Pampa sólo era territorio nacional (*Fallos*, 310:2527).

§ 644. *El caso de las "provincias incorporadas".* – El art. 121 *in fine* de la Const. nacional marca otra excepción al principio de igualdad de las provincias, al señalar que algunas pueden con-

tar con un cupo especial de derechos: "el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

La norma tuvo por objeto, de modo directo, *constitucionalizar* el Pacto de San José de Flores, del 11 de noviembre de 1859 (también citado por el art. 31 *in fine*, Const. nacional), celebrado entre el Estado de Buenos Aires y la Confederación Argentina. El primero, en efecto, se había separado desde 1852 y dictado su propia Constitución en 1854 (ver § 231). Pero la cláusula mencionada está también abierta para provincias que se incorporen a la República, ya que su texto es apto para comprender a otras situaciones, además de la que le dio origen.

Como el Pacto de San José de Flores significó una norma de origen *contractual*, su vigencia no podría ser alterada unilateralmente por la Nación (voto de Boffi Boggero, "Nación Argentina c/Prov. Buenos Aires", *Fallos*, 256:588), ni siquiera por una reforma de la Constitución. Para modificarlo es necesaria la voluntad de la provincia pactante.

En particular, el precepto que tratamos puede tener interés para el caso de las Islas Malvinas. En efecto, el art. 121 *in fine* posibilita que ese territorio sea erigido en provincia con derechos singulares en materia de idioma, ciudadanía (p.ej., doble nacionalidad), recursos naturales propios, religión, derecho común, fuerzas armadas, etcétera.

También es factible una garantía internacional del pacto en cuestión, ya que el de San José de Flores contó con la concreta tutela de la República del Paraguay (arts. 14 y 15).

§ 645. ***Ámbito territorial de validez de los poderes provinciales.*** – En términos generales, las facultades de una provincia se ejercitan dentro de su marco territorial ("Banco Nación", *Fallos*, 47:239, y "Prov. de Buenos Aires", *Fallos*, 61:133). La Corte Suprema ha declarado inconstitucional el impuesto de sellos de la provincia de Entre Ríos, aplicado a boletos de compraventa referidos a operaciones celebradas fuera de ella ("Prov. de Entre Ríos", *Fallos*, 283:118). También es inconstitucional el impuesto sobre productos que son negociados más allá de su jurisdicción territorial ("Valek", *Fallos*, 284:319).

El tema más discutido ha sido el derecho de las provincias a regular actividades o establecer tributos en los establecimientos de la Nación, situados en cualquiera de ellas (art. 75, inc. 30, Const. nacional). Hemos visto que las provincias conservan amplias competencias al respecto, salvo que sus decisiones importen una *interferencia*, directa o indirecta, que afecte el *interés nacional* en juego en el lugar en cuestión (ver § 378).

B) Estructuración de las provincias

§ 646. ***Poder constituyente provincial.*** – Como poder expresamente reconocido por la Constitución a las provincias, figura el de autosancionarse su propia Constitución. El art. 5° de la Const. nacional indica, en efecto: "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 de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

El nuevo art. 123 de la Const. nacional añade que cada provincia dicta su Constitución según lo prescripto por el art. 5°, "asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

El primer derecho de una provincia, pues, es el de dictar su Constitución. Esto importa el ejercicio del poder constituyente provincial, que, a partir de la Constitución federal de 1853-1860, es un poder constituyente *constituido*, *secundario*, o *derivado* del poder constituyente nacional. Por tanto, aunque la Constitución de una provincia "es el código que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse", está sometido a ciertas directrices de fondo y de forma, emergentes de la Constitución ("Bruno", *Fallos*, 311:460).

§ 647. ***Control –judicial o político– del artículo 5° de la Constitución nacional.*** – La Corte Suprema ha puntualizado que

la dilucidación de la compatibilidad de las instituciones provinciales con lo dispuesto en el art. 5° de la Const. nacional envuelve una cuestión de naturaleza política, vedada como tal a los tribunales de justicia ("Costes", *Fallos*, 187:79). Aparentemente, de seguirse esta tesis, el incumplimiento por parte de las provincias del mentado art. 5° (p.ej., si se dictare una constitución local opuesta al régimen republicano o contraria a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional, o que no garantizase una recta administración de justicia) sólo sería castigable mediante la intervención federal (art. 6°, Const. nacional).

Sin embargo, la Corte Suprema ha evaluado varias veces la legalidad de las constituciones locales, decidiendo, por ejemplo, que el art. 27 de la Const. de San Juan era incompatible con el art. 31 de la Const. nacional, al declarar inembargables e inejecutables rentas y fondos de la provincia ("W. Juvenal Rodríguez", *Fallos*, 263:225). A su turno, también declaró inconstitucional al art. 30 de la Const. de Entre Ríos, por alzarse contra los arts. 31 y 75, inc. 12, de la Const. nacional ("Liebig's Extract of Meat Company", *Fallos*, 284:458), etcétera.

Precisamente, en "Magín Suárez", la Corte Suprema puntualizó que, en virtud de lo dispuesto por el art. 5°, el Gobierno federal está obligado a amparar a las provincias cuando la forma republicana ha sido corrompida, es decir, cuando ha sido interrumpido el ejercicio regular de las instituciones cuyo goce efectivo ella garantiza (*Fallos*, 310:744).

§ 648. ***Condiciones para su ejercicio. Sistema representativo republicano.*** – Aquí la Constitución nacional excluye la hipótesis de una constitución provincial *no representativa* o *no republicana*, opuesta a esos tipos de gobierno, que, por tanto, rigen en toda la Nación ("Magín Suárez", *Fallos*, 310:2845, y "UCR Prov. Buenos Aires", *Fallos*, 308:1745).

El art. 122 expresa, como se dijo, que las provincias "se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas", cosa que importa, al decir de la Corte Suprema, "el derecho de darse instituciones propias para su régimen interior", y "por las autoridades que establezcan al efecto" ("Blanco", *Fallos*, 1:170), "con entera independencia de los poderes de la Nación" ("García", *Fallos*, 9:277). Esto importa un amplio margen de discrecionalidad organizativa, aun cuando en ese quehacer las provincias deban respetar "los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional" (art. 5°).

Es por eso, dijo la Corte, que no se puede exigir que las constituciones provinciales sean "una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta e igual" de la Constitución nacional ("Bruno", *Fallos*, 311:460).

Por ello, también, en nuestra experiencia jurídico-política, hay provincias que han instrumentado un sistema unicameral (Río Negro, Tucumán, Chubut, San Juan, etc.), en lugar del bicameral vigente en la Nación; otras han fijado regímenes propios de la democracia semidirecta o semirrepresentativa, tales como consultas electorales, iniciativa popular de leyes y revocación de mandatos (Tierra del Fuego, Río Negro, etcétera). Algunas han erigido órganos extrapoder, como el Ministerio Público en Salta. Hasta el último ciclo constituyente provincial, por lo demás, ciertas provincias carecían de vicegobernador (Río Negro, San Luis, Tucumán y Santiago del Estero). No sería inconstitucional, por lo demás, la instrumentación provincial de un gobierno parlamentario o la descentralización política interior de tipo regional.

§ 649. ***Conformidad con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional.*** – Esta exigencia obliga a diferenciar cuáles son los *principios*, las *declaraciones* y las *garantías* de la Constitución nacional, obligatorios en todo el ámbito del país, incluyendo las provincias, y cuáles rigen únicamente en el ámbito federal.

Una interpretación sumamente simple del precepto diría que todo lo indicado en el Capítulo Único, Parte 1ª, de la Constitución, bajo el rótulo: "Declaraciones, derechos y garantías" (arts. 1° a 35), es de observancia obligada para todas las provincias, en sus constituciones y en su actuación. No obstante, también hay principios, declaraciones y garantías en otras partes de la Constitución, como el Tít. II de la Parte 2ª, referido a los "Gobiernos de provincia" (arts. 121 a 128), obviamente imperativo para las provincias.

Ahora bien, una *declaración*, como la del art. 2° de la Const. nacional: "El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano", ¿es de observancia también para las provincias? En la

experiencia local la respuesta parece ser negativa, dado que hay algunas que en sus constituciones han ido más allá del texto federal (al declarar a la religión católica como religión del Estado, tal el caso de Santa Fe), mientras que otras nada dicen sobre el tema (caso del Chaco).

Por ejemplo, la Corte Suprema ha declarado inconstitucional al art. 26 de la anterior Const. de Santiago del Estero, que prohibía la excarcelación bajo fianza de los acusados por delito de rebelión, interpretado en un sentido que era incompatible con el art. 18 de la Const. nacional ("Llanos", *Fallos*, 102:219); lo mismo ocurrió con el art. 157 de la Const. de Entre Ríos, por violar los arts. 14, 16 y 33 de la Const. nacional, al impedir la actividad política de los empleados judiciales ("Ormache", *DJ*, 1986-2-922).

§ 650. ***Asegurar la administración de justicia.*** – La doctrina clásica de la Corte, en este punto, señala que las provincias, a similitud de lo que ocurre en el orden nacional, tienen facultades para organizar la jurisdicción y competencia de sus propios tribunales, dictando las leyes que correspondan ("Sueldo de Posleman", *Fallos*, 310:804), todo esto por su derecho a darse sus propias instituciones y regirse por ellas.

No obstante, la Corte Suprema impidió la asunción de ciertos jueces de la provincia de San Juan, por entender que su título era inexistente y que se había violado el derecho constitucional al debido proceso y de los jueces naturales de la causa ("Magín Suárez", *Fallos*, 310:743, y "Sueldo de Posleman", *Fallos*, 310:804).

Como regla, no se pueden rever en la instancia federal las facultades de los tribunales de provincia, salvo los casos de arbitrariedad o cuando esté en juego el derecho federal ("Sánchez", *Fallos*, 300:496, y "Casanova", *Fallos*, 310:2841). Las provincias pueden crear las instancias judiciales que consideren pertinentes ("García de Ruiz", *Fallos*, 205:608, y "Fiscal y querellante c/Sconfienza", *Fallos*, 297:535); pero no pueden vedar a ninguna de ellas y menos a las más altas, la aplicación preferente de la Constitución nacional ("Burry", *Fallos*, 308:1964).

Interesa apuntar que, en materia de estructura judicial, una Constitución de Tucumán (1990) incorporó el Tribunal Constitucional como órgano paralelo a la Corte Suprema de Justicia, a

quien se le reservan ciertas competencias en materia de control de constitucionalidad.

Según la Corte Suprema, el derecho de las provincias a organizar sus tribunales comprende el de dictar normas de procedimiento para litigar ante ellos, por ejemplo, sobre excarcelaciones y juicios penales ("Smut", *Fallos*, 254:288), sin perjuicio de las disposiciones procesales que dicte el Congreso cuando considere oportuno prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos que le incumbe dictar (v.gr., Civil, de Comercio, Penal, del Trabajo, etc.; ver, entre otros, "Tamborini", *Fallos*, 211:410; "Broggi", *Fallos*, 227:145, y "Correa", *Fallos*, 138:157).

Por lo demás, interesa subrayar que el alto tribunal en "Bonorino Peró", entendió que la garantía de intangibilidad de las remuneraciones judiciales establecida por el art. 110 de la Const. nacional para la judicatura federal, rige también para las provincias (*Fallos*, 307:2174), como exigencia de una recta administración de justicia, aunque cada una de ellas puede establecer modalidades propias para garantizar básicamente tal postulado ("Bruno", *Fallos*, 311:460). Nos remitimos al § 602.

§ 651. ***Asegurar el régimen municipal.*** – Esta problemática la tratamos en el capítulo referente al poder municipal (§ 824 y siguientes).

§ 652. ***Asegurar la educación primaria.*** – La reforma constitucional de 1860 borró la expresión *gratuita*, que seguía en la Constitución de 1853 a la frase *educación primaria*. Por tanto, el actual precepto del art. 5° de la Const. nacional impone a las provincias el deber de instrumentar un sistema educativo básico, prestado idóneamente por el Estado o por particulares, con o sin aranceles. Ello importa tanto graduar los planes de estudio como controlar, habilitar y verificar el efectivo funcionamiento de los colegios.

Conviene advertir que este deber constitucional de las provincias es compartido o concurrente con la Nación, a quien le compete el "progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria" (art. 75, inc. 18, Const. nacional).

La norma constitucional *auspicia*, desde luego, la creación de escuelas provinciales, en particular para la educación primaria; e incluso *obliga* a realizarlas, si los particulares no atienden eficazmente ese servicio educativo.

§ 653. ***Ejercicio del poder constituyente provincial por la Nación.*** – Ocasionalmente, en la Argentina, el poder federal ha ejercido el poder constituyente provincial, al dejar sin efecto constituciones provinciales. Así lo hizo en 1924, mediante el interventor federal en Santiago del Estero, y en 1935, también por intervención federal, derogó la Constitución de Santa Fe de 1921.

Sin embargo, cabe aclarar que en "Zavalía", la Corte Suprema dispuso una medida cautelar tendiente a evitar la elección de convencionales constituyentes en la provincia de Santiago del Estero, dispuesta por el interventor federal, medida que se adoptó en el curso de una acción de amparo (transformada en acción declarativa de inconstitucionalidad), donde se impugnaba la constitucionalidad de la ley local 6667, que disponía la aludida reforma ("Zavalía, José L. c/Prov. de Santiago del Estero y otro", *LL*, 2005-A-31).

Hemos visto también que, otras veces, la Nación ha *habilitado* o *controlado* el ejercicio del poder constituyente de las provincias (ver § 646).

§ 654. ***Poder Legislativo provincial.*** – Está aludido por la Constitución nacional.

El art. 3° indica, por ejemplo, que el territorio para la Capital Federal deberá ser cedido "por una o más legislaturas provinciales". El art. 122 añade que las provincias eligen por sí, sin intervención del Gobierno federal, a "sus legisladores".

En síntesis, las legislaturas provinciales son piezas indispensables en la estructuración del poder de cada provincia. Resultaría entonces inconstitucional una constitución provincial que las omitiese.

Hay provincias que optaron por el régimen unicameral (ver § 648), y bien se podría erigir en una provincia un régimen parlamentario. Como detalle curioso, la Constitución de Chaco de 1954 optó por una cámara con representación semicorporativa.

Por su parte, la Corte Suprema dijo que las prerrogativas que tienen los legisladores provinciales deben ser respetadas por los jueces federales con asiento en el territorio de la provincia respectiva ("Botto", *Fallos*, 252:184, y "Martínez Casas", *Fallos*, 248:462; ver, además, § 489).

§ 655. ***Poder Ejecutivo provincial.*** – La Constitución prevé, asimismo, al gobernador de provincia como titular del Poder Ejecutivo local. Así, el art. 29 habla de los "gobernadores de provincia". El art. 128 los considera agentes naturales, para ciertos fines, del Gobierno nacional.

Esto impone la existencia, también por voluntad de la Constitución nacional, de los gobernadores provinciales, cuyo origen deberá ser electivo (aunque no indica la Constitución si tal elección popular debe ser de primero, segundo o tercer grado). Hemos dicho que el Poder Ejecutivo provincial puede asumir modalidades diferentes (p.ej., de índole parlamentaria), en tanto no se viole el sistema republicano de gobierno demandado por el art. 5° de la Const. nacional.

En "Partido Justicialista de Santa Fe" (*ED*, 160-129), la Corte Suprema reputó así constitucional la prohibición provincial de reelección inmediata de un gobernador, cosa que, agregó, no viola el Pacto de San José de Costa Rica. También ha reputado constitucional la exigencia de la Constitución de Catamarca de un mínimo de residencia en la provincia para ser gobernador, al considerar que tampoco violaba el art. 23 de dicho Pacto ("Martínez, Lucía", *Fallos*, 326:2221).

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha enseñado que los gobernadores provinciales son mandatarios de sus pueblos ("Ferrer y Boris", *Fallos*, 9:456), y que mientras permanezcan en ejercicio de sus funciones no pueden ser criminalmente enjuiciados ante el Poder Judicial de la Nación, so pena de quedar comprometida la independencia de los poderes provinciales, que es esencial en el orden de la Constitución federal ("Procurador fiscal de la sección San Luis", *Fallos*, 9:539). Pero los gobernadores no están autorizados para declarar por sí la inconstitucionalidad de normas, tarea reservada al Poder Judicial ("Ingenio San Martín del Tabacal", *Fallos*, 269:243).

§ 656. *Los gobernadores provinciales como "agentes naturales" de la Nación.* – El art. 128 de la Const. nacional señala: "Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación".

La regla, tomada del proyecto Alberdi, tendía a afianzar la observancia de la Constitución nacional en el ámbito de las provincias, que, en catorce casos, históricamente, preexistían a la Nación. La norma, no obstante, ha despertado fuertes críticas sobre sus riesgos, ya que podría llevar a concebir a los gobernadores provinciales como títeres de la autoridad federal (Sarmiento).

En rigor de verdad, el art. 128 de la Const. nacional despeja ciertas dudas. Por ejemplo, según él, una ley federal podría encomendarle a un gobernador ciertas tareas de ejecución de sus preceptos, sin que éste pudiese alegar que, no siendo autoridad federal, está exento de contribuir a su efectivización. Por supuesto, el gobernador-ejecutor sólo está obligado a efectivizar la Constitución nacional y las normas federales respetuosas de ella. No es *agente natural* para cumplir con leyes nacionales inconstitucionales.

Al respecto, conviene recordar, por ejemplo, que el art. 6°, inc. *d*, del decr. 327/89, sobre seguridad interior, previó a tales fines que el Poder Ejecutivo "podrá solicitar a los gobernadores de provincias que pongan a su disposición contingentes policiales locales".

La norma conduce también a aplicar el principio de *lealtad federal* (ver § 669): los gobernadores deben contribuir, honesta y sinceramente, a la vigencia de las normas federales en el ámbito de sus provincias.

§ 657. *Poder Judicial provincial.* – Los tribunales provinciales aparecen mencionados algunas veces en la Constitución nacional. Por ejemplo, en el art. 34, cuando indica que los jueces de las cortes federales no podrán serlo "al mismo tiempo de los tribunales de provincia"; o en el art. 75, inc. 12, al señalar que la aplicación de los códigos Civil, de Comercio, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, corresponde "a los tribunales federales o provinciales", según que las cosas o personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

El Poder Judicial provincial es, entonces, una pieza obligada en la estructuración de cada provincia, la que debe asegurar su "administración de justicia" (art. 5°, Const. nacional; ver § 650).

§ 658. *Otros poderes y órganos provinciales.* – Ya se ha visto (en § 648) que las provincias pueden estructurar más de tres poderes y programar igualmente órganos extra poder (p.ej., ministerio público, tribunales de cuentas, consejo de la magistratura).

C) Relaciones interprovinciales

§ 659. *Pautas constitucionales. Solidaridad.* – La Constitución nacional ha tratado algunos asuntos, que reputa vitales para la coexistencia de las provincias. Mencionamos los aspectos principales de tal regulación.

La Corte Suprema destacó que las provincias, en sus relaciones entre sí y con la Nación, deben respetar el principio de *solidaridad*, en función del *destino común* que deben afrontar con sus pares y con la federación. Es una aplicación del principio de *lealtad federal* ("Prov. de Misiones c/Nación Argentina", *Fallos*, 263: 437; ver § 669).

De esta solidaridad se pueden desprender los lineamientos siguientes:

a) *Igualdad en los derechos de ciudadanía.* El art. 8°, parte 1ª, de la Const. nacional determina: "Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás".

El párrafo no es feliz, ya que parece sugerir que hay ciudadanías provinciales ("de cada provincia") y no es así: el art. 126 prohíbe a las provincias "dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización", materia reservada al poder central (art. 75, inc. 12, Const. nacional).

La Corte Suprema ha dicho que el art. 8° alude a los privilegios o inmunidades inherentes al título de ciudadano argentino, únicos que ella reconoce y a los que concede iguales prerrogativas y derechos, cualquiera que sea el lugar de la Nación en que se ha-

llen ("Achával", *Fallos*, 119:201). Pero también prohíbe a una provincia perjudicar en ella a los nacidos en otra; es decir, realizar discriminaciones ilegítimas en función del origen provincial de un argentino.

b) *Validez de los actos provinciales en todo el país.* El art. 7° de la Const. nacional determina: "Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán".

El precepto tiende a evitar barreras jurídicas en el interior de la República, las cuales surgirían si una provincia negase valor a las decisiones tomadas en otra.

Por ello, el artículo citado obliga a que una provincia dé entera fe y crédito a los actos y procedimientos de otra cuando estén correctamente documentados, y también a que les atribuya en su territorio los mismos efectos que tendrían que producir en la provincia de donde provienen ("Pinto de Aráoz", *Fallos*, 17:286; "Severo Chumbita", *Fallos*, 179:36, etcétera).

La regla rige para las relaciones interprovinciales, y entre la Nación y las provincias ("Suc. Daniel Amaya", *Fallos*, 184:207).

También es doctrina de la Corte que los actos de una provincia no resultan válidos y no merecen fe en asuntos donde esa provincia no tiene competencia, o que alteren la legislación de otra provincia dictada en uso de sus facultades propias ("A. Fernández", *Fallos*, 210:460; "Sanz de Canaveris", *Fallos*, 198:403, y "Adlercreuzt", *Fallos*, 152:54).

En materia específica de exhortos judiciales, la ley 22.172 –ley convenio– determinó las cualidades formales que deben cumplir esas rogatorias, en orden a establecer su autenticidad. La regla derivada del art. 7° de la Const. nacional –ha dicho la Corte– es que el exhorto de una provincia se debe cumplir por la provincia adonde es remitido, sin perjuicio del derecho del afectado a reclamar ante el juzgado de origen (exhorto en "González y Cía.", *Fallos*, 179:36), aunque sí será factible incumplirlo si se alegase violación de la competencia del juez exhortado ("Di Tella Ltda.", *Fallos*, 180:381).

c) *Obligación de extraditar.* El art. 8°, parte 2ª, de la Const. nacional dice: "La extradición de los criminales es de obligación recíproca entre todas las provincias".

Conforme la interpretación dada a la norma por la Corte Suprema, ella impone un deber recíproco ("Puiggrós", *Fallos*, 262:17, y "Davel", *Fallos*, 272:76) que no se debe interpretar en forma restrictiva, sino ampliamente ("Villalba", *Fallos*, 250:686), y que cubre tanto al requerimiento de presos como de simples detenidos, por lo que comprende a condenados y a procesados ("exhorto del juez de San Nicolás para detención de García de Gutiérrez", *Fallos*, 181:338). Por lo demás, una provincia no puede negarse a una extradición aduciendo que la provincia requirente no cumple a su vez la obligación análoga ("Sociedad del Puerto de Rosario", *Fallos*, 156:141).

El propósito de la norma ha sido "afianzar la justicia", ya que en el castigo de los delitos está interesada la sociedad toda ("exhorto del juez del crimen de La Plata al de instrucción de Capital", *Fallos*, 148:317). Trata de impedir, asimismo, actos de favoritismo de una provincia para asilar en ella a sujetos reclamados por la judicatura de otra.

§ 660. ***Tratados interprovinciales. Procedimiento.*** – El art. 125 de la Const. nacional explica: "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". A su turno, el art. 126 les prohíbe "celebrar tratados parciales de carácter político".

Estas reglas suscitan varios problemas. Uno de ellos es la expresión *tratados parciales*. Según Alberdi, se refiere a convenios en los cuales participen, por ejemplo, tres o más provincias, pero no *todas*. Aparentemente, un tratado interprovincial *total* o *global* resultaría entonces inconstitucional.

Otra cuestión, también de trámite, alude al *conocimiento* que de ellos debe darse al Congreso nacional. Según la doctrina del *consentimiento*, vigente, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, el Estado federal debe aprobar el tratado en cuestión, a fin de regular su constitucionalidad y el equilibrio de poderes entre las provincias y de éstas con la Nación. La doctrina del *cono-*

cimiento, vigente en la Constitución austríaca, dispone, en cambio, que basta la comunicación al Estado federal. En la Argentina, el Proyecto Alberdi requería para la validez de estos tratados la *aprobación* del Congreso de la Nación, pero la asamblea constituyente utilizó la palabra *conocimiento*.

La doctrina nacional está dividida al respecto. Hemos sostenido que la Constitución no demanda aquel consentimiento, y si el Congreso federal rechazara el tratado, ello significaría solamente la disconformidad del Poder Legislativo federal.

En consecuencia, corresponderá a la judicatura revisar su constitucionalidad. En la práctica no se requiere para la eficacia del tratado interprovincial el consentimiento federal.

a) *Materias*. El art. 125 de la Const. nacional prevé tres fines específicos de los tratados interprovinciales: *1)* administración de justicia; *2)* intereses económicos, y *3)* trabajos de utilidad común. Una tesis restrictiva (Estrada), los circunscribe sólo a esos tres objetivos. Una posición amplia (González), los entiende aptos para regular cualquier competencia propia de las provincias. En rigor de verdad, expresiones como "trabajos de utilidad común" e "intereses económicos", son suficientemente generosas como para abarcar cualquier asunto de competencia provincial.

El art. 126 de la Const. nacional prohíbe los tratados interprovinciales "de carácter político". Esta expresión es confusa, porque todo lo que atañe a la regulación de la administración de justicia, intereses económicos y trabajos de utilidad común, también involucra temática política (de organización estatal). Alberdi interpretó la prohibición en el sentido que vedaba pactar sobre competencias otorgadas por la Constitución nacional a la Nación, y que antes tenían las provincias, como celebrar alianzas o ligas. A eso se debe ceñir la prohibición.

b) *Registro*. Recuerda Frías que, en la sesión del 9 de agosto de 1973, el Senado nacional creó el Registro de Tratados Interprovinciales, a llevar por la Comisión de Asuntos Constitucionales, Administrativos y Municipales de la sala.

§ 661. ***Otros tratados provinciales.*** – Existen más alternativas de convenios que puede celebrar una provincia.

a) *Tratado intranacional-provincial*. Es el convenido entre el Estado federal y una provincia (o varias). La Constitución menciona una de estas variables, el "pacto especial", al tiempo de incorporación de una provincia a la Nación (art. 121 *in fine*). No prohíbe los tratados comunes que una provincia celebre actualmente con el Estado federal.

b) *Tratado extranacional-provincial*. La reforma de 1994 introdujo aquí un cambio fundamental, ya que el art. 124 establece que las provincias "podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o 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".

El art. 124 repite la incógnita del sentido del "conocimiento" que tiene que dar la provincia del caso al Congreso federal. Algún convencional entendió que esa notificación implicaba que el Congreso podía adoptar medidas concretas si el tratado entraba, por ejemplo, en contradicción con la política exterior de la Nación ("Diario de Sesiones", p. 3313, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5454), pero el aludido miembro informante, convencional Hernández, sostuvo que el nuevo artículo "no significa en absoluto que la provincia pueda realizar libremente el convenio y ponerlo en conocimiento del Congreso federal" ("Diario de Sesiones", p. 3864, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5767). En síntesis, de lo debatido en la Convención no surge que el Congreso pueda dejar sin efecto el tratado pactado por la provincia.

Lo que sí quedó definido en la Convención fue que la facultad provincial de celebrar convenios internacionales, involucraba la de realizar *gestiones* internacionales, sin notificación al Congreso nacional (según expresara el convencional Marín, miembro informante del despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 3870, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5770).

c) *Tratado interprovincial externo*. Ocurre si una provincia argentina pacta con otra provincia, miembro de un Estado extran-

jero. Se repite –analógicamente– la misma problemática jurídica que en el caso anterior.

d) *Tratado provincial-municipal.* Ciertas constituciones (Chaco) admiten esta variable, que parece constitucional en tanto respete el marco de prohibiciones del art. 125 de la Const. nacional.

e) *Tratados limítrofes.* Las provincias han celebrado entre sí tratados en materia de límites (p.ej., Buenos Aires y Entre Ríos, en 1967, sobre jurisdicción en las islas Lechiguanas; el Chubut y Río Negro, en 1968, para la demarcación del paralelo 42) que resultan distintos a los *parciales* del art. 125, ya que son de naturaleza política y dada su función delimitatoria de fronteras internas, sí requieren necesariamente aprobación del Congreso (art. 75, inc. 15, Const. nacional).

§ 662. ***Modalidades alternativas de coordinación.*** – Además de los tratados descriptos, en la experiencia argentina han emergido otras formas de relación entre la Nación y las provincias, o de éstas entre sí.

En tal sentido, deben tenerse presente las *leyes convenio* (ver § 520) o los casos en que las provincias se acoplan a una ley nacional sin previa coordinación (ley 20.543, sobre beneficios a los adquirentes de ciertos predios). También cabe citar los contratos que una provincia puede celebrar con otra.

§ 663. ***Prohibición de guerra y de hostilidades.*** – Ante estos conflictos el art. 127 de la Const. nacional prescribe: "Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley".

Esta norma tiende a evitar la reiteración de las luchas civiles que ensangrentaron al país desde poco después de la Independencia. La Constitución equipara las "hostilidades de hecho" a la guerra civil, y habilita, además de las acciones penales del caso, previstas por la ley, el remedio de la intervención federal, programado por el art. 6° para casos de sedición y de invasión de una provincia a otra (ver § 674 y 675).

El art. 127 debe conectarse con el art. 75, inc. 25, donde figura, entre las atribuciones del Congreso, la de autorizar al Poder Ejecutivo a declarar la guerra (que pasa a ser poder exclusivo de la Nación).

§ 664. ***Solución de las quejas provinciales.*** – El art. 127 de la Const. nacional deja en manos de la Corte Suprema dirimir las "quejas" de las provincias. En tal sentido aclaró que esas quejas "deben deducirse en forma de demanda judicial y con los requisitos de ésta, único procedimiento válido para que la Corte Suprema pueda ejercer la jurisdicción ordinaria que le está conferida" ("Gobernador de la Prov. de Mendoza", *Fallos*, 165:83). Esta tesis parece identificar la actuación del alto tribunal para resolver las quejas, con la competencia originaria que el art. 117 le confiere en materia de causas judiciales, en las "que alguna provincia fuese parte", según las reglas y excepciones que dicte el Congreso. Sin embargo, en "Prov. de La Pampa c/Prov. de Mendoza", la Corte Suprema ha precisado que su actuación, respecto de las quejas interprovinciales, es sustitutiva de otras vías (negociación, acuerdo), para arreglar esas controversias, y que la solución de estos conflictos no depende de las mismas consideraciones, ni está gobernada por las mismas reglas que se aplica para decidir cuestiones similares de derecho privado. No hay aquí, pues, *causa civil* en el sentido judicial de este vocablo; el art. 127 refiere a las relaciones políticas provinciales, donde la Corte tiene "amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio" (dictamen del procurador general Díaz Vélez, *Fallos*, 166:358). No se trata, por ende, de los pleitos del art. 117.

En su voto minoritario, el juez Fayt añadió que todo esto origina una *jurisdicción dirimente*, no judicial, destinada a atender conflictos que de otro modo "no tendrían sino solución por la vía vedada de la guerra interprovincial" ("Prov. de La Pampa", *Fallos*, 310:2478).

§ 665. ***Regiones.*** – El nuevo art. 124 de la Const. nacional declara que "las provincias podrán crear regiones para el desarro-

llo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines".

El texto tiene cierta ambigüedad. En la Convención, el miembro informante del despacho mayoritario, Prieto, indicó que se trataba de una facultad de las provincias, "para agruparse y defender sus intereses comunes", y en función de la nueva "cláusula del progreso", prevista en el art. 75, inc. 19, de la Const. nacional ("Diario de Sesiones", p. 3191 y 3192, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5380).

Queda claro que las regiones deben partir de un acto voluntario de las provincias que la conformen (es decir, que ninguna podría ser coaccionada a integrarse). Los propósitos de la región son de índole "económica y social", pero estos vocablos son amplios, y pueden involucrar numerosos rubros, algunos de ellos necesariamente políticos, si las metas económicas y sociales asumidas son profundas.

Además, el art. 124 posibilita explícitamente erigir en las regiones "órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines", frase que no excluye la hipótesis de autoridades supraprovinciales. El convencional Masnatta indicó que las regiones no podían constituir un "nuevo nivel de gobierno" ("Diario de Sesiones", p. 3528, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5578), pero tal idea no fue corroborada por el miembro informante del despacho mayoritario. En rigor de verdad, si se programan objetivos económicos y sociales intensos, los órganos de planificación y ejecución de la región bien podrían tener, a tales fines, facultades de gobierno.

En síntesis, la redacción del art. 124 deja abierta una serie de posibilidades que en definitiva serán diseñadas por el comportamiento posterior de las provincias. Hasta ahora una experiencia significativa ha sido el tratado de integración del Norte Grande Argentino (15 de mayo de 1987) que integran las provincias de Catamarca, Corrientes, Chaco, Formosa, Jujuy, Misiones, Salta, Santiago del Estero y Tucumán, con una Junta de Gobernadores y una Comisión Técnica Permanente. Pero hay otras experiencias de interés.

Cabe agregar que el art. 75, inc. 19, da competencias al Congreso nacional para "promover políticas diferenciadas que tiendan

a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen". Ello autoriza, por ejemplo, a que el Gobierno federal apoye específicamente a una región más que a otra, en mérito de una discriminación justificada de cualquier naturaleza.

CAPÍTULO XVII

COMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS FEDERAL Y PROVINCIALES

A) INTRODUCCIÓN. CONEXIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES FEDERALES Y PROVINCIALES

§ 666. *¿QUIÉN DISTRIBUYE LAS COMPETENCIAS ENTRE LA NACIÓN Y LAS PROVINCIAS?* – Ciertos fallos de la Corte Suprema dan por sobreentendido que fueron las provincias las que históricamente otorgaron competencias suyas a la Nación y que, al mismo tiempo, se reservaron otras ("Blanco", *Fallos*, 1:170).

En definitiva, la Corte ha alertado que del art. 121 no se infiere que las provincias se hayan reservado poderes, sino que la Constitución, como expresión de la voluntad del pueblo de la Nación Argentina, es quien los distribuye, delegándolos en forma definida al Gobierno nacional, mientras que los poderes no delegados los conservan las provincias ("Solís", *Fallos*, 308:1298).

Fue el poder constituyente de la Nación (no el de las provincias) el que dictó la Constitución, y sólo él puede alterarla, por más que las provincias, en su momento, hayan ejercido el poder de convocatoria de tal poder constituyente nacional (ver § 227).

§ 667. ***RIGIDEZ O FLEXIBILIDAD.*** – La delimitación de las facultades federales y provinciales parece rígida, según el principio de *corrección funcional* (ver § 17). La Corte Suprema ha dicho que las competencias no delegadas o reservadas por las provincias

no se las puede transferir al Gobierno nacional, si no es por voluntad de ellas, expresada en un congreso general constituyente ("Giménez Vargas", *Fallos*, 239:343).

No obstante, el mapa delimitatorio entre las competencias federales y las provinciales es, en parte, fluctuante. Por un lado, el derecho consuetudinario constitucional ha modificado las cuotas de poder del Gobierno federal y de las provincias, generalmente en favor del primero. En segundo lugar, la frontera político-jurídica de ambos gobiernos es necesariamente móvil; por ejemplo, en cuanto al ejercicio de competencias concurrentes, según aumente o disminuya en ciertas áreas la presencia de *interés federal* en su regulación.

§ 668. *Categorías de competencias.* – La doctrina de la Corte Suprema ha clasificado las facultades de los gobiernos federal y provinciales.

a) Poderes *delegados* al Gobierno nacional, obviamente no ejercitables por las provincias. Están en este grupo los *expresamente cedidos* según la Constitución y los poderes *consecuentes* o *implícitamente* delegados, esto es, aquellos "cuyo ejercicio por los poderes provinciales obstaría o haría ineficaz el ejercicio de los que corresponden a los poderes nacionales" ("F. C. del Sud", *Fallos*, 183:190).

b) Poderes *concurrentes*, realizables tanto por la Nación como por las provincias (p.ej., promover la construcción de ferrocarriles y canales navegables; según los arts. 75, inc. 8, y 125, Const. nacional). La existencia de jurisdicciones concurrentes es harto frecuente ("Prov. de Buenos Aires c/Empresa Nac. de Telecomunicaciones", *Fallos*, 304:1186, y "Prov. de Buenos Aires c/Segba", *Fallos*, 305:1847), y el ejercicio de tales poderes es simultáneo entre la Nación y cada provincia (en cuanto a éstas, dentro del ámbito de la provincia respectiva, "Ferrocarril del Oeste", *Fallos*, 105:80).

En caso de conflicto, debe ceder la provincia ante la Nación, pero siempre que se den estos recaudos: una contradicción efectiva e insoluble entre el ejercicio de la autoridad nacional y la local, o entre ésta y los fines queridos por la Const. federal ("Leiva", *Fallos*, 315:1013), y la presencia de una real finalidad de bienestar general en el desempeño de la autoridad nacional (ver "Griet", *Fallos*, 137:212; "Bredeston", *Fallos*, 302:231; votos de Black y Renom en "Deloitte, Plender, Griffiths & Co.", *Fallos*, 305:1094, y "Ruiz Córdoba", *Fallos*, 304:1588).

c) Poderes *conservados* por las provincias que son de dos clases: los *expresamente* así indicados por la Constitución (p.ej., elegir a sus gobernadores, según el art. 122; ver § 655), y los *tácitamente* no delegados al Gobierno federal, a tenor del art. 121 de la Const. nacional ("F. C. del Sud", *Fallos*, 183:190, y "Mendoza", *Fallos*, 3:131).

El art. 121 citado, en efecto, señala: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal", con lo que retienen *residualmente* todas las competencias no transferidas a la federación.

Por ello, la Corte Suprema sostiene habitualmente que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, y los delegados a la Nación definidos y expresos ("Prov. de Buenos Aires", *Fallos*, 304:1186). Pero aquellos poderes provinciales no pueden enervar el ejercicio razonable de los poderes delegados al Gobierno federal, "so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan las provincias" ("Disco SA", *Fallos*, 312:1437). A ello apunta, además, el principio de supremacía de la Constitución ("Prov. de Buenos Aires", *Fallos*, 305:1847).

d) Poderes *reservados* por una provincia al tiempo de su incorporación, según el art. 121 *in fine* de la Const. nacional, quebrando así el principio de igualdad de las provincias ("F. C. del Sud", *Fallos*, 183:190; ver § 644).

e) Poderes *prohibidos* para el Gobierno federal o para las provincias. Respecto del primero, y de modo *expreso*, puede mencionarse, por ejemplo, el establecimiento de la jurisdicción federal sobre el ejercicio de la libertad de imprenta (art. 32, Const. nacional). *Tácitamente* se encuentran las competencias provinciales conservadas y reservadas.

Según doctrina de la Corte con relación a competencias prohibidas a las provincias, están en primer término los poderes *explícitamente prohibidos* por la Constitución a las provincias ("Mendo-

za", *Fallos*, 3:131), como, por ejemplo, declarar la guerra a otra provincia o celebrar entre ellas tratados parciales de carácter político, según los arts. 126 y 127 (ver § 660 y 663). En segundo término figuran los *poderes conferidos al Gobierno federal de modo exclusivo* ("Mendoza", *Fallos*, 3:131), verbigracia, dictar los códigos Civil, de Comercio, Penal, de Minería, del Trabajo y Seguridad Social, después de que los haya sancionado el Gobierno federal, según el art. 75, inc. 12. Por último, existen los poderes *implícitamente prohibidos* a las provincias, esto es, cuando se trata de una competencia cuyo ejercicio obstaculizaría o haría ineficaz el desenvolvimiento de una competencia del Gobierno federal ("Procurador fiscal prov. de San Juan c/prior Convento Santo Domingo", *Fallos*, 10:380). Se trata, aquí, de poderes tácitamente delegados al Gobierno federal, o de poderes concurrentes que, en caso de conflicto con la Nación, no son ejercitables en ciertos casos por las provincias.

§ 669. *Pautas de coordinación.* – La jurisprudencia de la Corte Suprema ha diseñado ciertas reglas acerca de cómo compatibilizar funcionalmente los engranajes de poder entre la Nación y las provincias. Ellas consagran los siguientes criterios.

a) *Subprincipio de cooperación.* La Constitución se debe interpretar de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y las autoridades provinciales se desenvuelva armónicamente ("Pucci", *Fallos*, 293:287, y "Zavalía", *Fallos*, 327:3852), lo que impone una política de *equilibrio* ("Marwick", *Fallos*, 307:360, y "Agencia Marítima San Blas", *Fallos*, 307:374). En otros fallos, la Corte habla de *coordinación* y de *solidaridad* mutua ("Camuzzi Gas", *Fallos*, 327:5012).

b) *Subprincipio de adaptación.* Los principios federalistas deben ser adecuados a las exigencias de la vida contemporánea ("Prov. del Neuquén c/Hidronor", *Fallos*, 292:26, voto de Corvalán Nanclares y de Masnatta).

c) *Subprincipio de prudencia.* Las competencias locales tienen que ejercitarse con cautela, cuidando de no afectar las federales, y viceversa ("Prov. del Neuquén", *Fallos*, 292:26).

En "Empresa Distribuidora" (*Fallos*, 327:1753), la Corte detectó un caso de interferencia en un servicio de utilidad nacional,

cuando una provincia exigió al prestador de éste, como carga pública, que actuara como agente de percepción de un tributo local, lo que conllevaba, aseveró el tribunal, algo irrazonable por la ineficiencia en el referido servicio que, en el caso, provocaba la ley provincial.

d) *Subprincipio de lealtad federal.* La Nación tiene que practicar con las provincias "un federalismo lealmente aplicado" ("Flores de Larroca", *Fallos*, 226:408), que erige vallas a los egoísmos locales, exige que la Nación no privilegie ni postergue a unas provincias en perjuicio o beneficio de otras, y que todos estos centros de poder se comporten de buena fe.

§ 670. *La "garantía federal".* – El art. 5° de la Const. nacional, en su última parte, puntualiza que cumplidos por una provincia los requisitos necesarios para dictarse una Constitución (respeto por la forma republicana y representativa de gobierno; conformidad con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional; asegurar la administración de justicia, el régimen municipal y la educación primaria), el Gobierno federal "garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

Esto importa establecer una *obligación constitucional* para el Estado federal. ¿En qué consiste esa "garantía"?

a) Comprende, desde luego, una *expectativa de mínima*: el respeto (por la Nación) de la autonomía provincial; es decir, una actitud de no interferencia en el ámbito doméstico de las provincias. La Nación, puntualiza la Corte Suprema, no puede impedir o estorbar a las provincias el ejercicio de los poderes de gobierno que no han delegado ("Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", *Fallos*, 239:251, y "Giménez Vargas", *Fallos*, 239:343). Esto importa un *deber de omisión*: el de no perturbar.

b) Pero existen también *deberes de actuación*. Según la Corte, la Nación tiene que practicar con las provincias, como adelantamos, "un federalismo *lealmente* aplicado" ("Flores de Larroca", *Fallos*, 226:408), que impone el cumplimiento de sus *obligaciones activas* hacia las provincias (p.ej., proveer lo conducente para el adelanto y prosperidad de todas ellas, según el art. 75, inc. 17; fijarle sus límites, como manda el art. 75, inc. 15; resolver sus quejas, conforme el art. 127, etcétera). Así, debe amparar a la pro-

vincia si se ha corrompido la forma republicana ("Magín Suárez", *Fallos*, 310:743).

Uno de esos deberes de actuación es, en ciertos supuestos, *intervenir* en las provincias (art. 6°, Const. nacional). Otro consiste en ayudarlas, mediante subsidios del Tesoro nacional, cuando sus rentas no alcancen (art. 75, inc. 9). Todo ello significa una *política de auxilio*.

§ 671. ***Intervención federal. Fines.*** – El art. 6° de la Const. nacional prescribe: "El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia".

Entrevista como *garantía* de funcionalidad del sistema político federal, la intervención nacional en las provincias debe (aunque en la práctica no siempre asuma ese deber) cumplir alguno de estos dos roles: la *intervención-castigo*, o *sancionadora*, cuando una provincia incumple las obligaciones constitucionales derivadas del art. 5°, y la *intervención-auxilio*, también llamada *protectora* por Bidart Campos, para los supuestos de que una provincia sufra alguno de los actos dañosos mencionados por el art. 6° de la Const. nacional.

§ 672. ***Causales. Alteración de la forma republicana de gobierno.*** – El art. 6° de la Const. nacional establece varias razones de intervención federal en una provincia.

a) La primera consiste en *garantizar la forma republicana de gobierno*. Esta hipótesis, teóricamente, alude a una grave alteración a los principios básicos del sistema republicano (soberanía del pueblo, división de los poderes, periodicidad en las funciones públicas, publicidad de los actos de gobierno, responsabilidad de los gobernantes; ver § 347 y siguientes).

Este motivo de intervención es el más alegado por el Gobierno federal, tanto por su laxitud como porque autoriza la intervención por decisión unilateral de aquél.

b) Los *conflictos locales de poderes* han sido fuente frecuente de causales de intervención, so pretexto de hallarse en juego la

persistencia del régimen republicano, aunque, en rigor de verdad, no todo conflicto de poderes importa automáticamente riesgo para el sistema republicano.

c) Otra variable de intervención ha sido el *vacío de poder*. Así, la decidida en 1925 para La Rioja, donde la legislatura no funcionaba desde 1923, por carecer de quórum y no convocarse a elección para elegir sus componentes.

En la práctica argentina, las intervenciones federales han sido efectivizadas a menudo para encarar problemas del partido gobernante en la Nación, con su propio partido (o con otros), gobernante en una provincia (Solá).

A su vez, el Poder Judicial ha sido algunas veces intervenido (p.ej., Salta, 1951; Buenos Aires, 1952), porque las sentencias de sus jueces no se adaptaban a la filosofía política emergente de la Constitución de 1949.

En resumen, el concepto de "forma republicana de gobierno" ha servido en nuestro país para justificar intervenciones federales de la índole más variada. Se trata de una cláusula harto bastardeada, de contenido excesivamente discrecional.

§ 673. ***Invasión exterior.*** – En este supuesto, la intervención se dicta para *repeler* tal invasión (art. 5°, Const. nacional). El texto constitucional no diferencia entre invasiones desde el exterior protagonizadas por un Estado extranjero o por fuerzas irregulares, aun compuestas por argentinos.

§ 674. ***Sedición.*** – El art. 6° de la Const. nacional posibilita la intervención federal en la hipótesis de *sedición* que haya depuesto a una *autoridad constituida* de una provincia. Pero, como en este caso, la intervención se programa para *sostener* o *restablecer* tal autoridad, cabe pensar que la intervención también puede ser *preventiva*, ante la *amenaza* cierta y concreta de una sedición.

En resumen, la *sedición* del art. 6° de la Const. nacional se debe entender como cualquier *alzamiento, pero apto para afectar la estabilidad de las autoridades constituidas de una provincia*. No todo desorden ni conmoción asume, pues, la condición de *sedición* a los fines de disponer la intervención federal.

§ 675. ***Invasión de otra provincia.*** – Esta expresión se la puede entender en dos sentidos: invasión de una provincia *por* otra (cosa que importa, según el art. 127 de la Const. nacional, un acto de guerra civil), o invasión de una provincia *desde* otra, por grupos irregulares. Si la invasión proviene del exterior, la causal de intervención es distinta (como vimos en el parágrafo anterior).

La "invasión de otra provincia", para legitimar la intervención, debe tener aptitud para derrocar a las autoridades de la provincia invadida, según el art. 6° de la Const. nacional.

§ 676. ***Alzamiento de una provincia contra la Nación.*** – Esta causal no está mencionada por el art. 6° de la Const. nacional. No obstante, puesto que cabe declarar la intervención cuando una provincia invade a otra, con el riesgo de desestabilizar a la agredida, las mismas razones justificarían la intervención si es una provincia la que ataca a la Nación.

§ 677. ***Trámite de la intervención. Diagrama constitucional: iniciativa.*** – La Constitución nacional prevé dos tipos de intervención: por *propia iniciativa del Gobierno federal*, para los supuestos de garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores, y a *requisición de las autoridades constituidas* de la provincia a intervenir, a fin de sostenerlas o restablecerlas, "si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia".

La doctrina ha discutido, teóricamente, quién es *autoridad constituida* con legitimación para demandar la intervención federal. Desde luego, el concepto incluye a los titulares de los tres poderes clásicos, y también a los de una convención constituyente, si está en funcionamiento.

§ 678. ***¿Quién declara la intervención?*** – El art. 6° de la Const. nacional indica que quien interviene es el *Gobierno federal.*

Por supuesto, nadie puede objetar una intervención dispuesta por el Congreso mediante ley, como varias veces ha ocurrido en la praxis nacional. Pero ésta ha admitido también intervenciones por decreto del Poder Ejecutivo.

La reforma constitucional de 1994 ha aclarado el panorama, ya que el nuevo art. 75, inc. 31, declara facultad del Congreso "disponer la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires. Aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo".

El nuevo art. 75, inc. 24, impide, a contrario sensu, que el presidente disponga intervenciones fuera del período de receso del Congreso.

§ 679. ***Efectos de la intervención. Situación de la provincia intervenida.*** – El art. 6° de la Const. nacional alerta que el Gobierno federal interviene "en el territorio *de* las provincias", y no *a las provincias.*

La diferencia entre uno y otro texto puede ser importante. En primer lugar, si se interviene *en* el territorio de una provincia, esa intervención puede ser geográficamente parcial, y no cubrir todo el territorio provincial.

Con relación a la provincia en sí, ha dicho la Corte Suprema que la intervención federal no significa que el Gobierno federal ejerza en ella una jurisdicción absoluta y exclusiva ("Orfila", *Fallos*, 154:192), ni que extinga la personalidad de la provincia ("Ferrocarril Central Argentino", *Fallos*, 206:431). Tampoco su entidad patrimonial desaparece ni queda disminuida ("Laborde", *Fallos*, 143:11). Su mecanismo judicial y administrativo no puede quedar legalmente paralizado por haberse dispuesto la intervención ("Moreno Postigo", *Fallos*, 148:303). En otro pronunciamiento, la Corte dijo que las leyes de intervención incorporan implícita o expresamente a sus disposiciones todas las leyes provinciales de carácter procesal y todas las que organizan y distribuyen la competencia de los jueces, cuya aplicación es obligatoria para el comisionado federal en cuanto no se opongan a la Constitución nacional ("Orfila", *Fallos*, 154:192).

§ 680. ***Remoción de las autoridades provinciales.*** – En la experiencia constitucional argentina, han existido intervenciones que no importaron la sustitución de las autoridades provinciales, sino que cumplieron una política de *reposición* o de *sostenimiento* de ellas (p.ej., Corrientes, 1862; Córdoba, 1867). En otras, el in-

terventor federal operó como *mediador*, llegando a acuerdos políticos (Jujuy, 1877). Muchas veces el interventor no asumió el gobierno provincial (San Juan, 1868; La Rioja, 1878; Buenos Aires, 1880). Pero en otros casos sí ocurrió tal asunción (Córdoba, 1861; Santiago del Estero, 1883). En 1904 se dictó la primera intervención amplia, que incluía la caducidad de los tres poderes (San Luis, ley 4307). Algunas veces la intervención se ha limitado a uno solo de los tres poderes, por ejemplo, el Judicial (Salta, 1951; Buenos Aires, 1952; Córdoba, 1954).

Aunque sea harto discutible esa atribución del Gobierno federal de desplazar a los poderes locales, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte Suprema autorizó, incluso, la destitución de jueces de provincia por parte del interventor, aunque aclaró que mientras no fuesen removidos, los actos de los jueces locales eran válidos ("Moreno Postigo", *Fallos*, 148:303).

§ 681. ***Interventor o comisionado federal. Número.*** – Alguna vez, el presidente de la Nación se desempeñó, simultáneamente, como interventor federal (caso de Derqui, en 1861, ante la provincia de Córdoba). Normalmente, en cambio, los interventores –o comisionados federales– son entendidos –según la Corte– como representantes directos del presidente de la Nación, sometidos a las instrucciones de éste ("Orfila", *Fallos*, 154:192).

Eventualmente ha existido una intervención *plural*, desempeñada por dos comisionados.

§ 682. ***Condiciones para ser designado interventor.*** – El interventor o comisionado federal no es un sujeto previsto por la Constitución, sino producto del derecho consuetudinario constitucional. Por tanto, sólo le serían requeribles las cualidades de la legislación común para ser considerado hábil.

En la experiencia local, según apuntamos, hubo una vez en que el propio *presidente* de la Nación asumió roles de interventor (Derqui, 1861, intervención a Córdoba).

§ 683. ***Competencias.*** – La Corte Suprema ha indicado que el interventor federal está sometido a las instrucciones del presidente de la Nación ("Orfila", *Fallos*, 154:192). No pueden, pues, dilucidarse sus facultades en abstracto, sino con referencia a los términos de su comisión o encargo ("Cejas de Giménez", *Fallos*, 236:100). De haber ley de intervención, el marco de actuación del comisionado tendrá que respetar lo prescripto por ella, con prioridad a lo que disponga el presidente, por la natural supremacía de la ley sobre el decreto del Poder Ejecutivo.

En la praxis local, los interventores federales han asumido muchas veces las competencias del gobernador local, o de la legislatura, dictando decretos y leyes en su consecuencia. Cuando así lo hacen, desplazando a las autoridades locales, son representantes necesarios de la provincia ("Levene", *Fallos*, 302:732), y sus actos conservan carácter de provinciales ("Cía. Química", *Fallos*, 257:229; "Cichero", *Fallos*, 258:109; "Lovaglio", *Fallos*, 262:217, etcétera). Al respecto –sostuvo la Corte– las decisiones de los interventores federales tienen el mismo valor que el de las autoridades de provincias, cuando recaen sobre materias propias de éstos ("Corp. Cementera Argentina", *Fallos*, 271:240), siempre que no excedan las facultades propias de la Administración ("Dir. Nac. Aduanas", *Fallos*, 272:250).

Hemos visto que algunas veces (Santiago del Estero, 1924, y Santa Fe, 1935), los interventores han ejercido incluso facultades constituyentes provinciales, dejando sin efecto constituciones locales (ver § 653). Este fenómeno es jurídicamente absurdo, pero forma parte de la experiencia constitucional de nuestro país.

Ahora bien: entre los actos del interventor federal hay que distinguir aquellos que realiza en sustitución de las autoridades provinciales removidas, que son de índole local, y los actos que ejecuta como autoridad federal, como, por ejemplo, declarar en comisión al Poder Judicial, desplazar a un gobernador provincial, disolver la legislatura local, etcétera. Estas resoluciones son de índole federal, ya que no podrían ser adoptadas por autoridad provincial alguna. El interventor, pues, actúa en un doble carácter ("Zavalía", *Fallos*, 327:3852).

Es criterio de la Corte Suprema que, cuando el interventor cumplimenta alguna atribución constitucional o legal propia de las autoridades locales, es competente para entender en los procesos judiciales del caso la justicia provincial ("Torralba", *Fallos*, 297: 384). Cuando el acto en cuestión sea de naturaleza federal es ob-

via la competencia de este fuero ("Molina Carranza –h.–", *Fallos*, 211:1814).

§ 684. ***Regulación provincial de los interventores federales.*** – Determinadas constituciones provinciales procuran circunscribir la gestión de los comisionados federales.

Algunas de estas normas son obvias, como la sumisión del comisionado a la Constitución nacional y a las normas federales propias de la intervención, así como a las constitucionales y legales de la provincia. Sin embargo, estas últimas no están en condiciones de recortar los fines federales de la intervención (de los cuales, en definitiva, será responsable la Nación), en los términos del art. 6° de la Const. nacional, que pueden no ser exclusivamente administrativos.

§ 685. ***Práctica de las intervenciones. Cantidad y duración.*** – Hay intervenciones que han durado escaso tiempo (p.ej., siete días, Salta, 1928; un día, Buenos Aires, 1935; veinticinco días, Catamarca, 1928); aunque otras permanecieron dos años (Córdoba, 1974-1976). En principio, lo concerniente al término de la gestión del comisionado federal queda a juicio de las autoridades federales aptas para decidirla.

Sobre la cantidad de intervenciones, y ciñéndonos a períodos de iure, una investigación periodística realizada en 1991 determinó que –hasta ese año– se dispusieron cerca de ciento treinta y cuatro.

§ 686. ***Judiciabilidad de la declaración y subsistencia de la intervención y de sus actos.*** – Una vieja y reiterada jurisprudencia de la Corte puntualiza que la intervención nacional en las provincias es un acto político por naturaleza, y su verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación (Ejecutivo y Legislativo) y sus decisiones no pueden ser controvertidas por la justicia ("Cullen c/Llerena", *Fallos*, 53:420; "Orfila", *Fallos*, 154:192; "Cía. Azucarera Tucumana", *Fallos*, 141:271; "Azucarera Concepción", *Fallos*, 143:131, etcétera). El mismo criterio se aplicaría a la permanencia de la intervención, una vez resuelta.

Esta doctrina es discutible. Si la intervención se dispone inconstitucionalmente (p.ej., por violación a las reglas de competencia para decidirla, o por causales ajenas a las previstas en la Constitución nacional, es decir, si se trata de una intervención *espuria*), el tema debe ser justiciable, en cuanto al control de *trámite* y de *razonabilidad* del acto declarativo de la intervención, partiendo de la presunción de constitucionalidad de los actos del Congreso y del Poder Ejecutivo.

Los *actos de gobierno* de la intervención (p.ej., de desplazamiento de las autoridades locales) es probable que también caigan en el catálogo de las "cuestiones políticas no justiciables". No obstante, sí se ha judicializado la remoción de un juez (ver § 680). A su turno, ha dicho la Corte Suprema que los actos del interventor como gobernador o como legislador, administrativo o no, son judiciables del modo en que pueden serlo los de esas autoridades provinciales ("Torralba", *Fallos*, 297:384).

§ 687. ***Regulación legal de las intervenciones federales.*** Han existido varias iniciativas al respecto. En principio, es perfectamente válido que el Congreso dicte una ley reglamentaria, ya que le corresponde "hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio... todos los otros [poderes] concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina" (art. 75, inc. 32, Const. nacional). La norma del caso, naturalmente, se deberá ajustar a las previsiones y competencias de la Constitución nacional.

B) Competencias federales en materia de relaciones exteriores

§ 688. ***Introducción.*** – Todo Estado federal cuenta con un cupo mínimo de competencias para ser tal y no una simple confederación. Ellas versan sobre: relaciones exteriores; seguridad; materias normativas; jurisdiccionales; económicas, financieras y comerciales; fomento, y otras.

§ 689. ***Relaciones exteriores: sujetos, objetivos y medios.*** El art. 27 de la Const. nacional enuncia: "El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformi-

dad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución".

a) *Sujetos.* La Constitución nacional habilita al Gobierno federal para diligenciar las relaciones exteriores. Según el derecho consuetudinario constitucional, el presidente tiene el monopolio en la conducción de las relaciones exteriores, como ocurre en los Estados Unidos de América (Vanossi).

El presidente cuenta con otra importante atribución (art. 99, inc. 7, Const. nacional): la de nombrar y remover a los ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, con acuerdo del Senado (obviamente, están aquí incluidos los embajadores). Hay también control del Poder Legislativo al disponer en el presupuesto las partidas pertinentes para la habilitación o mantenimiento de embajadas, consulados y otras oficinas análogas. En algunos casos se ha regulado por medio de ley la categoría de ciertas representaciones (leyes 11.184, 11.332, etcétera).

Es de observar que los ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, nombrados con acuerdo del Senado, son removibles por el presidente y con consentimiento de esa Cámara (art. 99, inc. 7, Const. nacional), mientras que los jueces de la Corte Suprema, designados también por el presidente con acuerdo del Senado (art. 99, inc. 4), únicamente son exonerables mediante el juicio político (art. 53). Por eso es más simple remover a un embajador que a un magistrado judicial de aquel tribunal.

La ley 20.957, a su turno, programó el Instituto del Servicio Exterior de la Nación, como "organismo único de selección, formación e incorporación del personal para el cuerpo permanente activo" de ese servicio (art. 81). Esto importa una positiva reglamentación del principio constitucional de idoneidad (art. 16), para nombrar a tales funcionarios. Sin embargo, la ley permite también la nominación de diplomáticos (llamados vulgarmente *políticos*) sin la aprobación de los cursos que se dictan en el Instituto. Esto provoca, a menudo, nombramientos signados por el favoritismo personal o partidista.

Las provincias pueden ahora realizar gestiones y convenios internacionales (art. 124; ver § 661). Varias constituciones provinciales autorizan celebrar tratados con Estados extranjeros (Catamarca, Córdoba, Jujuy, etc.) y ya existen convenios al respecto (Frías).

b) *Objetivos.* El art. 27 de la Const. nacional menciona a la *paz* y al *comercio*, y el deber de vincularse con tales fines. El art. 99, inc. 11, menciona el mantenimiento de "buenas relaciones". Esto importa la admisión de una comunidad internacional y de un derecho internacional (mencionado, además, por el art. 128, Const. nacional, cuando habla del "derecho de gentes"), así como la condena de una política exterior agresiva o aislacionista.

El art. 75, inc. 22, asimismo, alude, entre los contenidos posibles de los tratados, a los derechos humanos, y el inc. 24 a los tratados de integración con otras naciones, latinoamericanas o no.

c) *Medios.* El art. 27 de la Const. nacional alude a los "tratados" como instrumentos de realización de las relaciones exteriores. Sin embargo, el derecho internacional público comprende una gama más amplia de documentos: *convenios*, *protocolos*, *notas reversales*, etcétera. En tal sentido, el art. 99, inc. 11, de la Const. nacional, entre las facultades del presidente, menciona la de concluir y firmar *tratados*, pero también menciona a los *concordatos* (una clase de tratados, que son los suscriptos con la Santa Sede), "y *otras negociaciones* requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras". Cualquier variante admitida por el derecho internacional público puede, entonces, contar con apoyatura constitucional.

§ 690. ***Topes de contenido a los tratados.*** – El art. 27 de la Const. nacional demanda que todo tratado (y, por extensión analógica, cualquier instrumento que se concierte) esté "en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución".

En tal sentido, cabe diferenciar las reglas constitucionales que contienen *principios* (es decir, *valores* y *directrices* para el legislador y el juez), de las reglas constitucionales de otra índole (p.ej., de organización, o de implementación de tales principios). El Preámbulo es también fuente de *principios*.

En definitiva, los "principios de derecho público" de la Constitución son los que conforman su *techo ideológico* (ver § 272) y se manifiestan en los derechos personales y en la estructura básica del poder.

§ 691. ***Problemática de la transferencia de competencias nacionales y provinciales.*** – Según lo indicado, por vía de un tratado resultaría inconstitucional que el Gobierno federal abdicara de sus competencias en favor de un Estado u organismo extranjero, o que recortase derechos de las provincias.

Sin embargo, tales transferencias son frecuentes en el ámbito de las organizaciones suprarregionales. Es innegable, por ejemplo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede dejar sin efecto decisiones de la Corte Suprema argentina si entiende que ésta ha violado derechos reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054) y que ese pronunciamiento es definitivo, inapelable y obligatorio para el Estado argentino (arts. 67 y 68, Pacto citado). También es notorio que, por el mismo Pacto, la Argentina ha incursionado en competencias procesales provinciales para asegurar el derecho del acusado en sede penal, o para que éste cuente con una doble instancia (art. 8°, inc. 2°, ley 23.054).

Para atender a estos problemas, la reforma constitucional de 1994 admitió expresamente en su art. 75, inc. 24, tratados de integración que incluyan la delegación de "competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos".

Conforme al nuevo texto, tal transferencia de facultades argentinas incluye "competencias y jurisdicción", vocablos por cierto amplios, que comprenden cualquier tipo de materias y de atribuciones legislativas, ejecutivas o jurisdiccionales, nacionales y provinciales, con lo que, oblicuamente, un tratado podría transportar a un organismo supranacional también derechos de las provincias (convencional Cafiero, miembro coinformante del despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 3088, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5334).

Interesa subrayar que el art. 75, inc. 24, señala que la transferencia de competencias a los organismos regionales supraestatales importa asismismo admitir la validez de las normas que dicten ellos. Ello significa, como explicó el miembro coinformante del despacho mayoritario en la Convención de 1994 –Barra– que tales reglas se incorporan automáticamente al derecho interno argentino, "con jerarquía legal aunque infraconstitucional" ("Diario de Sesiones", p. 2834, *Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994*, t. V, p. 5183).

§ 692. ***Reglas de procedimiento. "Treaty making power".*** En materia de elaboración de los tratados internacionales, la Constitución tiene algunas prescripciones. El art. 75, inc. 22, refiriéndose a las atribuciones del Congreso, indica: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede"; mientras que el art. 99, inc. 11, referido a las competencias del Poder Ejecutivo, expresa: "Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules".

Según el texto constitucional, entonces, existen ciertos pasos en el proceso de realización de un tratado: la *conclusión* y *firma*, a cargo del Poder Ejecutivo, y la *aprobación* o *rechazo*, a cargo del Congreso.

No obstante, existen otras, como la *negociación* y la *ratificación*, vitales para gestar y dar vigencia al tratado, que analizaremos a continuación.

§ 693. ***Negociación, conclusión y firma.*** – La "negociación" es el tramo de preparación y discusión de un tratado contemplado ahora por el art. 99, inc. 11, de la Const. nacional que deja al Poder Ejecutivo tal "facultad de iniciativa", como atribución privativa suya. El art. 99, inc. 11, de la Const. nacional, por lo demás, parece encomendarle al presidente el manejo exclusivo de las relaciones exteriores, dado que "recibe sus ministros [los de otros países] y admite sus cónsules". En tal sentido, la Corte Suprema ha dicho que la autoridad del presidente para la representación diplomática y la conclusión de los tratados, no puede ser puesta en duda ("Fisco c/Madame Lynch", *Fallos*, 115:189).

Ciertos tratados no han pasado el tramo de negociación. Son, por ejemplo, algunos convenios multilaterales *abiertos*, ya celebrados por otros países, a los que la Argentina se *adhiere*, sin haber intervenido antes en su gestación (p.ej., la ley 5082, que ratificó la Convención de La Haya sobre la Guerra).

§ 691. ***Problemática de la transferencia de competencias nacionales y provinciales.*** – Según lo indicado, por vía de un tratado resultaría inconstitucional que el Gobierno federal abdicara de sus competencias en favor de un Estado u organismo extranjero, o que recortase derechos de las provincias.

Sin embargo, tales transferencias son frecuentes en el ámbito de las organizaciones suprarregionales. Es innegable, por ejemplo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede dejar sin efecto decisiones de la Corte Suprema argentina si entiende que ésta ha violado derechos reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054) y que ese pronunciamiento es definitivo, inapelable y obligatorio para el Estado argentino (arts. 67 y 68, Pacto citado). También es notorio que, por el mismo Pacto, la Argentina ha incursionado en competencias procesales provinciales para asegurar el derecho del acusado en sede penal, o para que éste cuente con una doble instancia (art. 8°, inc. 2°, ley 23.054).

Para atender a estos problemas, la reforma constitucional de 1994 admitió expresamente en su art. 75, inc. 24, tratados de integración que incluyan la delegación de "competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos".

Conforme al nuevo texto, tal transferencia de facultades argentinas incluye "competencias y jurisdicción", vocablos por cierto amplios, que comprenden cualquier tipo de materias y de atribuciones legislativas, ejecutivas o jurisdiccionales, nacionales y provinciales, con lo que, oblicuamente, un tratado podría transportar a un organismo supranacional también derechos de las provincias (convencional Cafiero, miembro coinformante del despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 3088, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5334).

Interesa subrayar que el art. 75, inc. 24, señala que la transferencia de competencias a los organismos regionales supraestatales importa asismismo admitir la validez de las normas que dicten ellos. Ello significa, como explicó el miembro coinformante del despacho mayoritario en la Convención de 1994 –Barra– que tales reglas se incorporan automáticamente al derecho interno argentino, "con jerarquía legal aunque infraconstitucional" ("Diario de Sesiones", p. 2834, *Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994*, t. V, p. 5183).

§ 692. ***Reglas de procedimiento. "Treaty making power".*** En materia de elaboración de los tratados internacionales, la Constitución tiene algunas prescripciones. El art. 75, inc. 22, refiriéndose a las atribuciones del Congreso, indica: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede"; mientras que el art. 99, inc. 11, referido a las competencias del Poder Ejecutivo, expresa: "Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules".

Según el texto constitucional, entonces, existen ciertos pasos en el proceso de realización de un tratado: la *conclusión* y *firma*, a cargo del Poder Ejecutivo, y la *aprobación* o *rechazo*, a cargo del Congreso.

No obstante, existen otras, como la *negociación* y la *ratificación*, vitales para gestar y dar vigencia al tratado, que analizaremos a continuación.

§ 693. ***Negociación, conclusión y firma.*** – La "negociación" es el tramo de preparación y discusión de un tratado contemplado ahora por el art. 99, inc. 11, de la Const. nacional que deja al Poder Ejecutivo tal "facultad de iniciativa", como atribución privativa suya. El art. 99, inc. 11, de la Const. nacional, por lo demás, parece encomendarle al presidente el manejo exclusivo de las relaciones exteriores, dado que "recibe sus ministros [los de otros países] y admite sus cónsules". En tal sentido, la Corte Suprema ha dicho que la autoridad del presidente para la representación diplomática y la conclusión de los tratados, no puede ser puesta en duda ("Fisco c/Madame Lynch", *Fallos*, 115:189).

Ciertos tratados no han pasado el tramo de negociación. Son, por ejemplo, algunos convenios multilaterales *abiertos*, ya celebrados por otros países, a los que la Argentina se *adhiere*, sin haber intervenido antes en su gestación (p.ej., la ley 5082, que ratificó la Convención de La Haya sobre la Guerra).

Conforme a lo indicado, el Congreso no podría aprobar un tratado previamente no negociado por el presidente, o cuya adhesión éste no solicite.

Una vez terminada la negociación, el tratado es *concluido* y *firmado*. La Constitución (art. 99, inc. 11) deja esa tarea también exclusivamente en manos del presidente. En los hechos, numerosos tratados (en particular los firmados en el exterior) son suscriptos por el ministro de Relaciones Exteriores, habilitado al efecto mediante la *plenipotencia* (poder) correspondiente.

§ 694. ***Aprobación. Tratados comunes.*** – Este acto ocurre en el ámbito del Congreso (art. 75, inc. 22), y se realiza según nuestras prácticas por medio de una *ley*, aunque la Constitución no imponga necesariamente esta formalidad. El art. 75, inc. 22, habla de "aprobar o desechar" los tratados, sin especificar de qué modo. De todas maneras, al optarse por la vía procedimental de una ley, ella resulta eventualmente vetable, como cualquier otra.

Si el Congreso dicta una ley autorizando anticipadamente al presidente a firmar un tratado (p.ej., ley 16.432) o a adherirse a él, cabe concluir, en base al principio de funcionalidad (ver § 17), que no es indispensable después otra ley aprobatoria, en tanto el tratado suscripto o adherido por el presidente coincida con el previamente convalidado por el Poder Legislativo.

¿Es factible que el Congreso, al evaluar el tratado firmado por el Poder Ejecutivo, le introduzca reformas? Existen numerosos antecedentes, tanto en Estados Unidos de América como en la Argentina (leyes 150, 159, 458, 567, 4044, 4090, etc.), que permiten constatar un derecho consuetudinario al respecto, no obstante que el texto constitucional, literalmente interpretado, sólo habla de "aprobar o desechar los tratados".

Naturalmente, si el Congreso introduce enmiendas, el Poder Ejecutivo podrá aceptarlas o no, vetando en tal caso la ley aprobatoria (Vanossi). También se requerirá el consentimiento del otro Estado, lo que obligará a una concertación complementaria.

§ 695. ***Casos especiales.*** – La reforma constitucional de 1994 introdujo serias modificaciones respecto de la aprobación de determinados instrumentos internacionales.

a) *Documentos con rango constitucional.* Para los tratados y convenciones sobre derechos humanos a los que se quiera conferir jerarquía constitucional, el art. 75, inc. 22, impone dos pasos. El primero, su aprobación ordinaria por el Congreso, por mayoría simple común a cualquier ley. El segundo, su aprobación con una mayoría especial de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Si solamente se logra la primera etapa, el documento en cuestión tendrá categoría supralegal. Si se consuman las dos, alcanzará rango constitucional (ver informe del convencional Barra, por el despacho mayoritario, en "Diario de Sesiones", p. 2833, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 5182 y 5183).

Se discute si el Congreso puede dar rango constitucional a un tratado ya aprobado por una ley anterior, pero no ratificado por el Poder Ejecutivo (razón por la que no habría concluido todavía su ciclo de elaboración; ver § 696). De las palabras del convencional Barra se desprende que es necesaria aquella ratificación.

b) *Tratados de integración que transfieran competencias y jurisdicción.* El art. 75, inc. 24, distingue aquí dos situaciones. Si se trata de un supuesto de integración latinoamericana se "requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara". Si el tratado integrativo alude a otras zonas, el nuevo texto demanda una doble lectura o tratamiento por el Congreso: una primera decisión, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada cámara, importa *declarar* la conveniencia de la aprobación del tratado. La segunda, después de ciento veinte días de dicho acto declarativo, consiste en la *aprobación* del tratado, "con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara". Tal intervalo fue planeado para permitir un amplio debate en la sociedad (miembro coinformante del despacho mayoritario, Juan P. Cafiero, "Diario de Sesiones", p. 3089, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 5331).

De todos modos, se intentó favorecer el proceso de integración con Latinoamérica (palabras del miembro coinformante del despacho mayoritario, Cafiero, en "Diario de Sesiones", p. 2832, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 5182).

§ 696. ***Ratificación y vigencia.*** – Es un acto bilateral, que comienza con una decisión del presidente por la que se manifiesta la voluntad del Estado de cumplir con un tratado ya firmado y aprobado por el Congreso, y que prosigue con el "canje de los instrumentos de ratificación" (si el tratado se firmó entre dos Estados), o con el "depósito de la ratificación" (en los tratados multilaterales de adhesión).

La Constitución menciona a la *ratificación* cuando alude en el art. 31 a los "tratados ratificados", referentes a ciertos convenios no obligatorios para la provincia de Buenos Aires, posteriores al Pacto de San José de Flores.

La doctrina entiende habitualmente que la ratificación es un acto discrecional del presidente; de tal modo que un tratado puede ser firmado por éste y aprobado por el Congreso y, sin embargo, no resultar vigente si después el mismo presidente no lo ratifica. En rigor de verdad, de faltar ratificación, el tratado no ha concluido su trámite.

Conviene recordar que, en "Ekmekdjian", la Corte Suprema ha puntualizado que después de la ratificación no se requiere otra ley que incorpore el tratado al orden jurídico nacional: ya ha ingresado en él, y deviene obligatorio para la República (*LL*, 1992-C-543).

§ 697. ***Reservas.*** – Son salvedades, excepciones o aclaraciones introducidas al texto de un convenio internacional. Cuando han sido aprobadas por el Congreso, el Poder Ejecutivo se encuentra obligado a repetirlas al ratificar, puesto que de lo contrario no estaría ratificando el texto íntegro (para nuestro país) del convenio en cuestión. La duda es si el presidente puede válidamente, al ratificar, plantear reservas no tratadas por el Congreso.

Aunque el tema es harto opinable, cabe pensar que si el Poder Ejecutivo está en condiciones de no ratificar *todo* el tratado (según el derecho consuetudinario local), bien podría introducir reservas (esto es, exceptuar *parte* de aquél).

Se observa que la Convención Constituyente de 1994 admitió la posibilidad constitucional de introducir reservas o declaraciones interpretativas en un tratado, al puntualizar, por ejemplo, que la expresión "en las condiciones de su vigencia", utilizada por el art. 75, inc. 22, del nuevo texto, refiere precisamente al tratado *con más* dichas declaraciones o interpretaciones (miembro coinformante del despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 2836 y 3077, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 5184 y 5325).

§ 698. ***Tratados "ejecutivos" o "acuerdos en forma simplificada".*** – En la práctica internacional son frecuentes estos instrumentos, realizados por el Poder Ejecutivo (o un delegado suyo), sin la participación del Congreso. Generalmente obligan al Estado con la simple firma de quien lo suscribió. Sus cláusulas resultan habitualmente operativas y la materia sobre la que versan es amplia: militar, sanitaria, tributaria y económica, etcétera. La *ratificación* coincide aquí casi siempre con la firma y conclusión del tratado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, al aplicarlos, los ha convalidado ("Todd", *Fallos*, 249:620).

En "Dotti", la Corte Suprema (*Fallos*, 321:1226) concluyó que el llamado "Acuerdo de Recife" –un "acuerdo simplificado", o de tipo "ejecutivo"– resultaba jurídicamente válido, desde el momento en que estaba autorizado por el Tratado de Montevideo de 1980, que sí había contado con aprobación legislativa (ley 22.354).

La mayoría del alto tribunal concluyó que el respeto argentino de los compromisos internacionales, según las pautas de buena fe insertadas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, imponía la validez, a su turno, del referido Acuerdo de Recife.

§ 699. ***Ejecución ("power to enforce").*** – En "Pedro Ferrayez c/Nación Argentina" (*Fallos*, 202:353), la Corte Suprema concluyó que la aplicabilidad de un tratado que involucraba prestaciones recíprocas entre la Argentina y otro Estado, estaba subordinada a la ratificación de las dos naciones, y al canje de los instrumentos respectivos. El proceso de ejecución de un tratado corre a cargo, por lo común, del Poder Ejecutivo, según la letra y el espíritu del convenio ("Fisco nacional s/nulidad decr. de revalidación de título de tierras fiscales a Madame Lynch", *Fallos*, 115:189).

§ 700. ***Denuncia.*** – Significa la decisión del Estado de concluir con la observancia de un tratado. En el derecho consuetudinario local, es el Poder Ejecutivo el que adopta tal decisión.

La pregunta es si debe ser un acto simple del presidente, o complejo, con acuerdo del Congreso. Desde luego, si el texto del tratado aprobado por ley del Congreso prevé el trámite de denuncia, el Poder Ejecutivo deberá seguirlo. Si el tratado nada indica al respecto, cabe pensar (pues la Constitución nada dice sobre el punto), que si un tratado está en vigencia según la conjunta voluntad del Congreso y del presidente, no podría éste, unilateralmente, dejar de observarlo. Es el llamado "paralelismo de las competencias".

La reforma constitucional de 1994 incluyó reglas más restrictivas en cuanto a la posibilidad de denuncia de algunos instrumentos internacionales. Así, en cuanto a las declaraciones y convenciones sobre derechos humanos que el art. 75, inc. 22, párr. 2°, declara con rango constitucional, determina 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". Por analogía, la misma regla tendrá que aplicarse para la denuncia de los tratados sobre derechos humanos que alcancen rango constitucional posteriormente, por voluntad del Congreso (ver § 293).

A su vez, el art. 75, inc. 24, establece que la denuncia de los tratados de integración que transfieran competencias argentinas a entes de integración supraestatales, "exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara".

Una calificada doctrina (Bidart Campos, Ayala Corao) puntualiza que existe un principio de *irrevisibilidad de los derechos humanos*, para otros, "principio de no retroceso social", de "no regresión", o de "prohibición de evolución reaccionaria", como lo acepta la Corte Suprema ("Aquino", *JA*, 2004-IV-15), conforme al cual no es posible derogar un derecho de tal índole previamente reconocido por el Estado. Ello se impondría, también, por el principio de *productividad* y *maximización* del sistema de derechos.

Es posible que aquí quepa distinguir dos tipos de derechos. Si se trata de un derecho humano incuestionablemente de derecho

natural (como, p.ej., los de dignidad de la persona, vida u honor), dicho derecho siempre debe ser reconocido, esté o no explícito en la Constitución, conforme a su art. 33 (ver § 857).

Pero si no es un derecho natural ínsito a la condición humana, tal derecho, emergente básicamente del derecho positivo (p.ej., un tratado constitucionalizado), bien podría ser abolido por ese mismo derecho positivo, conforme a las reglas del art. 75 de la Const. nacional.

§ 701. ***Derogación.*** – La doctrina y la jurisprudencia anteriores admitían que el Congreso, mediante una ley, podía derogar expresa o tácitamente un tratado internacional vigente, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad internacional por tal acto. Sin embargo, en "Ekmekdjian" (*LL*, 1992-C-543), la Corte Suprema ha puntualizado que ello no es siempre constitucional, ya que si el tratado está en vigor por la voluntad del Poder Ejecutivo y del Legislativo, éste no podría prescindir de la conformidad de aquél en el acto derogatorio.

§ 702. ***Guerra y paz.*** – El art. 75, inc. 25, de la Const. nacional, con referencia a las competencias del Congreso, puntualiza que le corresponde "autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz". Por su parte, el art. 99, inc. 15, respecto del presidente, indica que "declara la guerra... con autorización y aprobación del Congreso".

La declaración de guerra ha sido conceptuada por la Corte Suprema como un innegable derecho del Estado, que presupone un grave e inminente peligro para la Nación, y la considera cuestión política no justiciable ("Merck Química", *Fallos*, 211:162; "Química Bayer", *Fallos*, 211:497, y "Attias", *Fallos*, 223:206), así como lo referente a los medios escogidos por el Gobierno para enfrentarla, y su realización. Se trata, tal vez, de la máxima de las situaciones no justiciables, dentro de esa doctrina.

En materia de conducción de la guerra, la Corte ha señalado que el Estado debe prever y realizar todo lo necesario, siempre que no esté expresa e indubitablemente prohibido en esta materia por la Constitución y los tratados internacionales ("Merck Química", *Fallos*, 211:162), y que al Poder Judicial sólo le toca comprobar la

inexistencia de irrazonabilidad en el recurso a la fuerza armada ("Rodríguez, Ruggero y otro", *Fallos*, 254:116).

En tal emergencia, el art. 99, inc. 15, añade que el presidente ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso.

A su vez, éste faculta al Poder Ejecutivo a ordenar represalias y establecer reglamentos para las presas (art. 75, inc. 26). Tales medidas, propias de una situación de guerra, no van sin embargo inexorablemente unidas a la previa declaración de ésta, según el texto constitucional.

§ 703. ***Ingreso de tropas extranjeras y salida de las nacionales.*** – El art. 75, inc. 28, de la Const. nacional faculta al Congreso a permitir "la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él".

La gravedad de esta temática deriva de razones políticas, ya que la presencia de fuerzas foráneas en el país, o el empleo de las nacionales fuera de nuestras fronteras, no puede significar sino la existencia de gravísimas situaciones vinculadas tanto con la estabilidad y persistencia del Estado, como con las relaciones exteriores. Pero también origina problemas jurídicos, ya que, como apunta Agustín de Vedia, el ingreso aceptado de las tropas foráneas en la Argentina implica reconocer también la jurisdicción extranjera para la disciplina y manejo de tales cuerpos.

Concluye González Calderón que la autorización del Congreso, según el art. 75, inc. 28, puede ser expresa o tácita. La expresión *tropas extranjeras* y *fuerzas nacionales* no alude a contingentes reducidos que entren o salgan por funciones protocolares, de festejo o conmemoraciones.

§ 704. ***Relaciones con la Iglesia Católica. Concordatos.*** Es sabido que la Iglesia Católica es sujeto de derecho internacional, se la reconozca o no como Estado (de la Ciudad del Vaticano). La Constitución contiene varios preceptos acerca de los vínculos con ella, muchos referidos al campo de las relaciones exteriores y otros de proyección interna. Aquí tratamos conjuntamente ambas esferas.

Conviene anticipar que, según la Corte Suprema, la religión católica no es religión oficial del Estado argentino ("Villacampa", *Fallos*, 312:122).

El *concordato* es una especie de tratado internacional pactado entre un Estado y la Santa Sede. La Constitución se refiere específicamente a los concordatos, dándole competencia al Congreso para aprobar o desechar "los concordatos con la Santa Sede" (art. 75, inc. 22), y al presidente para concluir y firmar los "concordatos" (art. 99, inc. 11).

Es decisivo en esta materia el acuerdo celebrado entre la Santa Sede y la Argentina –un concordato, por cierto– del 10 de octubre de 1966, aprobado por ley 17.032 y ratificado el 28 de enero de 1967.

Dicho acuerdo se inspira "en el principio de libertad" y en las enseñanzas del Concilio Vaticano II. Por él, nuestro país reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y pleno ejercicio de su culto y de su poder espiritual, "así como su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos" (art. I).

En "Lastra c/Obispado de Venado Tuerto", la Corte Suprema entendió que el art. I del acuerdo "implica la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico para regir los bienes de la Iglesia destinados a la consecución de sus fines" (*JA*, 1991-IV-340), en consonancia con el art. 2345 del Cód. Civil, lo que conlleva la inembargabilidad de esos bienes.

§ 705. ***Sostenimiento del culto católico.*** – El art. 2° de la Const. nacional dispone: "El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano". Este precepto no fue tratado en el acuerdo entre la Argentina y la Santa Sede de 1966.

En la Convención Constituyente de 1853, la norma citada fue objeto de largos y profundos debates. Un sector de la asamblea (Centeno, Leiva, Pérez, entre otros) bregó por el reconocimiento del catolicismo como *religión de Estado*. Del otro lado, Gorostiaga, Gutiérrez, del Carril, Lavaisse, reclamaron una religión *protegida*, tesis que finalmente triunfó en el actual art. 2°.

Se trata, según la Corte, de una norma transaccional ("Pérez", *Fallos*, 116:111) que tuvo en cuenta la religión de la mayoría de

los habitantes, las tradiciones del país y el especial papel cumplido en él por la Iglesia Católica. Este precepto da, pues, un trato preferido al culto católico; el Estado federal *debe* sostenerlo. La cláusula trae varias dudas.

a) ¿Consiste en un mero sostén *económico*, o importa además un sostén *político* e *institucional*? La Corte Suprema ha optado por la tesis restrictiva, al explicar que el alcance de la norma "no es otro que el emergente de su texto: los gastos de culto serán pagados por el Tesoro nacional, incluidos en su presupuesto" ("Didier Desbarats", *Fallos*, 151:403); de ahí que no está exenta del pago de las contribuciones comunes sobre los bienes que posea o reciba como persona jurídica, aunque sí está eximida de los tributos "con ocasión o con motivo de actos de culto" ("Pérez", *Fallos*, 116:111; ver, también, "Melo de Cané", *Fallos*, 115:135).

La Corte ha reconocido, de todos modos, que la Iglesia Católica tiene una situación preeminente ("Correa", *Fallos*, 53:188).

b) ¿Importa el art. 2° una obligación para los tesoros provinciales? El mismo Seguí limitó dicho deber al Gobierno federal en consonancia con los términos del informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales, que habló del Tesoro nacional; en principio, la doctrina de la Corte Suprema se inclina en igual sentido ("Pérez", *Fallos*, 116:111).

c) En el orden de las realidades, las partidas presupuestarias destinadas a *sostener* el culto católico atienden una mínima parte de esa obligación.

§ 706. ***Institutos derogados por la reforma de 1994.*** – La Constitución de 1853-1860 incluyó ciertos mecanismos de relación entre el Estado y la Iglesia Católica, como el sistema de *patronato*, en donde aquél intervenía en la designación de obispos; el exequátur o plácet, por el que se requería la autorización del presidente y de la Corte Suprema (en algunos casos, del Congreso) para el ingreso a la República de algunos documentos pontificios, y la admisión de nuevas órdenes religiosas con permiso del Congreso, que fueron felizmente abolidos por la reforma de 1994. Se trata de cláusulas anacrónicas y que implicaban una interferencia del Gobierno federal en la actuación de la Iglesia Católica.

El acuerdo (en verdad, concordato) de la Argentina con la Santa Sede, del año 1966, ha regulado parte de esos asuntos.

§ 707. ***Las conexiones Iglesia-Estado en el ámbito existencial.*** – En el orden de las realidades, los contactos entre la Iglesia Católica y el Gobierno federal han sido generalmente buenos, pero ocasionalmente atravesaron situaciones difíciles, lindantes alguna vez con la persecución religiosa; así, expulsión de los obispos Tato y Novoa, con la eventual excomunión al presidente Perón, incendio de iglesias y actos de coacción sobre la libertad de cultos (1954-1955). En períodos *de facto*, la concurrencia de altos prelados en la asunción de tales autoridades podía ser usufructuada por éstas como una suerte de legitimación al acceso y ejercicio del poder.

§ 708. ***Otras alternativas de relación.*** – El derecho comparado brinda otras variables, más modernas y legítimas, de vinculación entre Iglesia y Estado. Por ejemplo, el art. 50 de la Const. del Perú dispone: "Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas". En situación similar se pronuncia, por ejemplo, el art. 6° de la Const. de Córdoba.

C) Competencias militares de defensa y seguridad

§ 709. ***Introducción.*** – El Preámbulo de la Constitución enuncia, entre otros fines de ella, "consolidar la paz interior", "proveer a la defensa común" y el art. 75, inc. 2, alude expresamente a la *defensa* y a la *seguridad* como asuntos del Estado federal. En correspondencia con tales objetivos, una decena de artículos del texto constitucional especifica esas directivas en materia de organización militar y políticas de defensa y seguridad.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha determinado que la existencia de poderes de guerra en la Constitución tiene por fin salvaguardar la integridad e independencia de la República, y tam-

bién la salud y bienestar económicosocial, tratándose de atribuciones anteriores y, llegado el caso, superiores a la Constitución ("Merck Química", *Fallos*, 211:162).

§ 710. ***Naturaleza institucional de las fuerzas armadas.*** – Según la Constitución, importan un organismo *necesario* (arts. 99, inc. 14, y 75, inc. 27). Sus objetivos genéricos son la defensa de la Patria y de la Constitución (art. 21).

Es factible entonces hablar de un "órgano castrense" (Marienhoff), pero no como órgano extra poder (tesis de Bidart Campos), sino ubicado en la esfera del Poder Ejecutivo, como consecuencia del "poder de mando" (ver § 712) que tiene sobre las fuerzas armadas. Ha dicho el alto tribunal que el órgano castrense, por su composición y por las normas que lo gobiernan, tiene un lugar especial dentro de la Administración pública ("Lestanguet", *Fallos*, 302:1584).

Según el esquema constitucional, el órgano castrense depende en lo organizativo del Congreso, y en lo operacional, del presidente. En los hechos han existido períodos de subordinación tenue o desobediencia (p.ej., en 1958, con reiterados *planteamientos* al Poder Ejecutivo); y de acceso directo al poder, con derrocamiento de las autoridades constituidas y asunción del Gobierno por las fuerzas armadas (como en 1976; ver § 731) que ejercieron, entonces, el poder constituyente ("Kestelboin", *ED*, 136-716).

§ 711. ***Derecho constitucional militar. Poder de organización.*** – La denominación de "derecho constitucional militar", empleada en nuestro país por Sinópoli, refiere al sector del derecho constitucional que se ocupa de temas militares.

En esta disciplina cabe distinguir un *poder de organización* y un *poder de mando*. El primero es principalmente encomendado por la Constitución al Congreso, ya que el art. 75, inc. 27, deja expreso que le corresponde: "Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno". El poder de mando corresponde al presidente (ver § 712). En virtud de este "poder de organización", el Congreso ha legislado sobre la fuerza armada por medio de varias leyes (3063, 3318, 4031, 4707, 13.996, etcétera).

El art. 21 deposita igualmente en el Congreso la regulación del servicio militar (ver § 717). La iniciativa sobre leyes de reclutamiento de tropas compete a la Cámara de Diputados (art. 52, Const. nacional).

El anterior art. 67, inc. 24, de la Const. nacional hablaba de las "milicias provinciales", y fue derogado por la reforma de 1994. En el siglo XIX se las llamaba "guardias nacionales".

Precisamente, el art. 6°, inc. *d*, del decr. 327/89, referente al Consejo de Defensa Nacional, creado por la ley 23.554 (de defensa nacional), contempla la posibilidad de que contingentes de fuerzas policiales provinciales sean requeridos a sus respectivos gobernadores por el Poder Ejecutivo de la Nación en casos de conmoción interior grave, para prevenir y conjurar la acción de grupos armados con aptitud para poner en peligro la vigencia de la Constitución, o atentar contra la vida, libertad, propiedad o seguridad de los habitantes.

Cabe preguntarse cómo las provincias podrían tener *milicias* (policía) y, sin embargo, no deben "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" (art. 126, Const. nacional). La armonización de ambos conceptos lleva al siguiente resultado: las provincias pueden contar con milicias, pero no *movilizarlas* (es decir, "levantarlas", agruparlas con fines de ataque a otra provincia o Estado), excepto para las dos hipótesis de mención en el art. 126 (invasión exterior o grave peligro), y siempre con noticia del Gobierno federal (quien entre otras cosas, de ser tal movilización improcedente, podría recurrir a la intervención federal –ver § 671 y ss.–, para concluir con ella).

§ 712. ***Poder de mando.*** – Con relación al presidente, el art. 99, inc. 12, de la Const. nacional dice: "Es comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación"; el inc. 14 dice que "dispone de las fuerzas armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación".

El manejo de las fuerzas armadas ha sido reputado por la Corte Suprema como cuestión no justiciable ("De la Torre", *Fallos*, 303:172, voto del ministro Black; "Díaz", *Fallos*, 304:954, y

"Guillén de Palazzesi", *Fallos*, 305:657), dadas las características técnicas, discrecionales y, en ciertos casos de reserva, que inviste el tema.

Digamos finalmente que la reforma de 1994 ha incurrido en una redundancia conflictiva, ya que por un lado dice que le toca al Congreso dictar las reglas sobre *organización* de las fuerzas armadas (art. 75, inc. 27) y, por otro, señala que el presidente corre con su *organización* (art. 99, inc. 14). La forma de conciliar estas cláusulas es entender que al Poder Legislativo le cabe la organización *normativa* de tales fuerzas, y al Ejecutivo la organización *operativa* de ellas.

Es de destacar que el jefe de Gabinete de Ministros no tiene competencia en materia de fuerzas armadas (art. 100), salvo las que le pueda delegar el presidente (arg. art. 100, inc. 4, Const. nacional).

§ 713. ***Designación de los cuadros.*** – Entre las facultades del Poder Ejecutivo está la de proveer "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" (art. 99, inc. 13, Const. nacional).

Más que una facultad de mando esto importa una competencia de organización, pero a cargo del presidente. El acuerdo del Senado es requerido, según el derecho complementario a la Constitución, para los cargos de coronel, capitán de navío y comodoro, y de allí para arriba (Bidegain). La Corte Suprema ha dicho que el estado militar implica la sujeción al régimen de ascensos y retiros, por el cual se confiere a los órganos respectivos la capacidad de apreciar la concreta aptitud para ascender, conservar el grado o pasar a situación de retiro, y de modo discrecional, ajeno a la revisión judicial ("Lestanguet", *Fallos*, 302:1584, y "Zariategui", *Fallos*, 311:1191).

§ 714. ***Guerra y paz. Entrada y salida de tropas extranjeras. Remisión.*** – Estos temas, vinculados por cierto con la defensa y seguridad de la República, han sido analizados en el § 703, dada su íntima vinculación con la conducción de las relaciones exteriores del país (ver, también, § 361).

§ 715. ***Sistema de defensa nacional.*** – La ley 23.554 planifica el sistema de defensa nacional, "para enfrentar las agresiones de origen externo" (art. 2°), y a fin de determinar las hipótesis de conflicto y las de guerra, formular los planes del caso y elaborar la conducción de las fuerzas armadas, así como la movilización nacional, asegurar la ejecución de las operaciones, controlar las acciones de la posguerra, etcétera (art. 8°).

§ 716. ***Zonas de conflicto. Autoridades.*** – El art. 28 de la ley 23.554 prevé que, en caso de guerra o conflicto armado internacional, el presidente de la Nación podrá establecer *teatros de operaciones*, delimitándolos. El comandante de dicho teatro está a cargo de un oficial superior de las fuerzas armadas, quien depende directamente del presidente. Las autoridades provinciales mantienen la plena vigencia de sus atribuciones, salvo el caso del art. 6° de la Const. nacional (intervención federal). El Poder Judicial "mantendrá la plenitud de sus atribuciones" (art. 29, ley 23.554).

El presidente (si existe guerra o conflicto armado de carácter internacional, por sí, con posterior ratificación del Poder Legislativo) podrá declarar *zona militar* a los lugares que, por resultar de interés para la defensa nacional, "deban ser sometidos a la custodia y protección militar" (art. 30, ley 23.554).

§ 717. ***Servicio militar.*** – El art. 21 de la Const. nacional establece: "Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía".

La Corte Suprema ("Tarditi", *Fallos*, 202:106, y "Satina", *Fallos*, 249:617), consecuente con los antecedentes, ha entendido que la prestación del servicio militar responde a una alta finalidad: hacer materialmente posible la defensa de la Nación, mediante el adiestramiento militar de sus hijos.

La incorporación al servicio militar produce el sometimiento a las reglamentaciones y ordenanzas que rigen la actividad militar, cuyos principios se desenvuelven en la órbita del derecho público,

constitucional y administrativo ("Corvalán de Salina", *Fallos*, 291:280). La Corte Suprema ha dicho que la incorporación importa una carga pública, y el conscripto adquiere estado militar, integrando las fuerzas armadas ("Reynoso", *Fallos*, 308:1595).

La ley 24.429 instrumentó un cambio importante en la materia, al disponer el *servicio militar voluntario*, o sea, no compulsivo. Sin embargo, si el número de los voluntarios no alcanzare, el Poder Ejecutivo podrá realizar la convocatoria forzosa, según la ley 17.531, con autorización del Congreso (art. 19). Los voluntarios perciben haberes.

§ 718. ***Objeción de conciencia.*** – El ejercicio de este derecho, no mencionado en el texto de la Constitución, fue inicialmente negado por la Corte Suprema, que entendió que ciertos derechos constitucionales en los cuales se podía cobijar aquél (libertad de cultos, intimidad, derechos no enumerados; arts. 14, 19 y 33, Const. nacional), debían armonizarse y ceder ante la terminante disposición del art. 21, que obliga a todo ciudadano argentino a "armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución". La Corte había decidido que el ejercicio de la libertad de conciencia encontraba límites ante exigencias razonables de orden público, bien común y en la protección de los legítimos derechos de la Nación misma ("Lopardo", *Fallos*, 304:1524).

Sin embargo, en "Portillo", la Corte Suprema cambió de parecer. Aunque la causal invocada por el actor era notoriamente infundada (cuestionaba el servicio militar invocando la condición de católico, cuando es bien sabido que según esa confesión, no está prohibido cumplir con el servicio militar, portar armas o usarlas en cumplimiento de tal función), el alto tribunal admitió la "objeción de conciencia", aunque obligó al actor a realizar el servicio militar, bien que sin portar armas. La Corte Suprema reconoció que existía un conflicto latente entre la obligación de prestarlo –art. 21, Const. nacional– y la libertad de cultos del art. 14, aunque también podía sustentarse la objeción de conciencia como expresión de la libertad de creencias, derecho más amplio que el de libertad religiosa. Demostrada la sinceridad de la pretensión del peticionante, el alto tribunal consideró que era factible compatibilizar esas libertades con el deber de cumplir el servicio militar, *en tiempos de paz*, ordenando prestarlo sin portar armas ("Portillo", *Fallos*, 312:496).

§ 719. ***Estado de sitio. Normas constitucionales y Pacto de San José de Costa Rica.*** – La Constitución ha disciplinado en varios artículos el importante instituto que aquí tratamos.

El art. 23, en efecto, puntualiza: "En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino".

Entre las competencias del Congreso, el art. 75, inc. 29, establece: "Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo". Y el art. 99, referido a las atribuciones del presidente, dice en su inc. 16: "Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el art. 23".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), vigente en nuestro país según la ley 23.054 y con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. nacional), contempla en su art. 27 la "suspensión de garantías" que importa para la Argentina una auténtica reglamentación del art. 23 de la Constitución. En concreto, establece lo siguiente: "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" (inc. 1).

"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" (inc. 2).

"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 tal suspensión" (inc. 3).

El texto es similar al art. 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

§ 720. *Naturaleza y objetivos del estado de sitio.* – En la jurisprudencia de la Corte Suprema, el estado de sitio es un *arma de defensa extraordinaria* a utilizar en *épocas también extraordinarias*, programada para la defensa de la Constitución y de las autoridades creadas por ella. En definitiva, tiene por fin asegurar el orden y la disciplina colectiva, en resguardo del imperio de la Constitución "y con ella el de la libertad y garantías individuales" ("Granada", *Fallos*, 307:2284, y "Rodríguez", *Fallos*, 307:2320). De carácter *extremo*, tiene una órbita propia y una función útil, "para preservar y no para destruir el imperio de la Constitución" ("Timerman", *Fallos*, 300:816).

Por eso (doctrina que viene del caso "Alem", *Fallos*, 54:432), no tiene por meta suprimir las funciones de los poderes públicos descriptos en la Constitución, y toda medida que directa o indirectamente afecte a la existencia de ellos (p.ej., el arresto de un senador), sería contraria a la esencia misma del instituto.

a) *Causales.* Los arts. 23, 75 y 99 de la Const. nacional aluden a dos motivos: *conmoción interior* y *ataque exterior*; pero bajo una condición: que uno de ellos (o los dos) pongan en peligro

el ejercicio de la Constitución y de sus autoridades. Normativamente, pues, no toda conmoción local o agresión externa justifica el pronunciamiento del estado de sitio.

El argumento de la conmoción interior ha sido interpretado extensivamente. Así, se pronunció el estado de sitio con motivo del incendio del colegio de los jesuitas (Avellaneda, 1875), por huelga de obreros (Roca, ley 4151, 1902), atentados anarquistas (Figueroa Alcorta, ley 7025, 1910), atentados con explosivos en escuelas (Alfonsín, decr. 2069/ 85) y saqueos en supermercados (Alfonsín, decr. 714/89); también se estableció durante la denominada guerra subversiva (decreto del 6/11/74 y sucesivas prórrogas).

b) *Carácter preventivo o reparador.* La doctrina discute si el estado de sitio puede disponerse de modo cautelar o ante hechos consumados.

En rigor de verdad, el texto del art. 23 de la Const. nacional parece exigir, por un lado, un *hecho* ya operado de ataque exterior o conmoción interior, causante de *perturbación del orden*, que pusiese en situación de riesgo (emplea el modo subjuntivo "ponga en peligro") el ejercicio de la Constitución o de sus autoridades.

De todos modos, por sobre esa interpretación literal, los principios de derecho constitucional de funcionalidad, estabilidad y persistencia (ver § 17) aconsejan admitir la declaración del estado de sitio ante amenaza seria, grave y fundada de un ataque exterior o conmoción interior apto para desestabilizar al sistema constitucional.

c) *Autoridades que lo pronuncian.* La Constitución ha arbitrado aquí un procedimiento complejo, según las causales que motivan la declaración del estado de sitio.

1) *Conmoción interior.* Si está en funciones el Congreso (es decir, si no se encuentra en *receso*) es él quien lo debe dictar (arts. 99, inc. 16, y 75, inc. 29). Provoca discusiones el concepto de *receso* de éste (ver § 499), aunque nos inclinamos a entender que es el período en que no se halla en sesiones (de cualquier tipo que éstas fuesen).

No obstante lo indicado, encontrándose en período ordinario de sesiones el Congreso, fue dictado el estado de sitio por decr.

714/89, de necesidad y urgencia, durante la presidencia de Alfonsín, medida convalidada por cierta jurisprudencia (CNCrimCorr, Sala V, "Barrionuevo", *LL*, 1990-A-45). En este caso, el Congreso ratificó por ley 23.662 dicho decreto, horas después de emitido.

De estar el Poder Legislativo en receso, la Constitución habilita expresamente al presidente a disponer (si hay conmoción interior) el estado de sitio (art. 75, inc. 29). Concluido el receso, el Congreso debe *aprobar* o *suspender* aquella declaración (art. 75, inc. 29). Se trata de una obligación constitucional de nuestro Poder Legislativo, que si no se cumple genera una inconstitucionalidad por omisión. En la experiencia local, si hay silencio del Congreso, el estado de sitio adoptado por el presidente persiste hasta tanto sea dejado sin efecto, ya por el presidente, ya por el mismo Congreso.

2) *Ataque exterior.* Según el art. 99, inc. 16, de la Const. nacional, compete al presidente con acuerdo del Senado. Esta actuación senatorial (y no de todo el Congreso) es curiosa, ya que en asuntos de relaciones internacionales el Poder Legislativo argentino actúa con las dos cámaras y no con una sola (como en cambio ocurre, p.ej., en los Estados Unidos de América, para la aprobación de los tratados).

La Constitución no indica qué pasa si el Senado está en receso. ¿Debe el presidente convocarlo a sesión extraordinaria, o puede disponer por sí el estado de sitio, como en el caso de conmoción interior? En 1865, Mitre recurrió a otra modalidad; en abril de ese año lo pronunció ad referéndum del Senado, que a su vez, convocado, lo convalidó en mayo.

§ 721. ***Declaración del estado de sitio por las provincias.*** Es evidente que la Constitución nacional prevé la declaración del estado de sitio por las autoridades federales, y también su ejecución por el presidente (arts. 23, 75, inc. 29, y 99, inc. 16). La pregunta es si las provincias también pueden pronunciarlo, en su respectivo territorio, como hipotética facultad *concurrente* con el Gobierno federal. En 1863, Sarmiento, actuando como gobernador de San Juan, así lo hizo (también adoptaron idéntica actitud los gobernadores de Mendoza y Corrientes).

La duda, en definitiva, está resuelta por el derecho consuetudinario constitucional, que ha terminado por prohibir tal facultad a las provincias.

§ 722. ***Tiempo.*** – El art. 99, inc. 16, de la Const. nacional, respecto del estado de sitio motivado por el ataque exterior, puntualiza que es declarado por el presidente con acuerdo del Senado "y por un término limitado". ¿Qué decir del fundado en "conmoción interior"?

En la práctica local han existido tres alternativas: *a*) la de fijar un plazo preciso (decr. 714/89, treinta días); *b*) la de marcar un plazo implícito, subordinado a la solución del conflicto que motiva el estado de sitio (p.ej., en 1861, y hasta tanto se restableciese el orden institucional en Buenos Aires; y en 1870, el término necesario hasta la conclusión de la rebelión entonces existente), y *c*) dejar en manos del Poder Ejecutivo poner fin al período de vigencia del estado de sitio (casos de 1890, 1891, 1910, etc., según Rébora).

A su turno, la Corte Suprema puntualizó que en esa limitación temporal de la libertad personal se halla el punto de equilibrio entre la salvaguardia del orden constitucional, propósito del art. 23 de la Const. nacional, y la exclusión de las facultades extraordinarias que condena su art. 29. De modo terminante, la Corte Suprema decidió pues que el plazo que debe contener la declaración del estado de sitio es condición de su validez y que, además, debe ser breve ("Granada", *Fallos*, 307:2284, y "Rodríguez", *Fallos*, 307:2320).

Este criterio de la Corte implica una interpretación mutativa por adición, ya que extiende la directiva del art. 99, inc. 16, a los casos de conmoción interior y a que sea dispuesto por el Poder Ejecutivo o el Legislativo, extensión, por cierto, legítima en su contenido.

§ 723. ***Lugar.*** – El art. 23 de la Const. nacional contempla una declaración parcial del estado de sitio, para "la provincia o territorio donde exista la perturbación del orden". La expresión *territorio* permite circunscribir el radio de aplicación del instituto a un sector de una provincia, o de varias, o de zonas de la Capital Federal, etcétera.

Hasta 1902, recuerda Gregorini Clusellas, el 75% de los estados de sitio declarados fueron de aplicación geográfica parcial; pero desde entonces ha predominado la tendencia contraria.

La Corte Suprema ha puntualizado que el pronunciamiento del estado de sitio para todo el país no es inconstitucional "cuando la importancia o los efectos de la conmoción interior o del ataque exterior trascendieran los límites de una provincia o de un lugar dado del territorio, a juicio del poder llamado a declararlo" ("Aya Tortales", 7/2/34, citado por Rébora).

§ 724. ***Impugnación judicial de la declaración del estado de sitio.*** – A pesar de que el art. 4°, inc. 1°, de la ley 23.098 habilita al juez del hábeas corpus para averiguar "la legitimidad de la declaración del estado de sitio", la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema sigue considerando este punto, en lo esencial, cuestión política no justiciable. Sobre el tema, nos remitimos al § 312.

§ 725. ***Derechos restringidos. Libertad física. Derecho de opción.*** – El art. 23 de la Const. nacional contiene tres directrices específicas acerca del impacto del estado de sitio en cuanto al *ius movendi et ambulandi*.

a) El Poder Ejecutivo puede arrestar o trasladar a las personas de un punto a otro de la Nación. Según lo confirmó la Corte Suprema, esta detención es una medida de seguridad política, no una pena ni una prisión preventiva ("Pujadas", *Fallos*, 285:267), aplicada a título preventivo ("Tosco", *Fallos*, 281:117), con el objeto, por ejemplo, de frustrar conjuras ("Granada", *Fallos*, 307: 2284, y "Rodríguez", *Fallos*, 307:2320), o resguardar la paz interna y externa de la Nación ("Canovi", *Fallos*, 278:337; "Tieffemberg", *Fallos*, 279:9, etcétera).

La facultad de arrestar es indelegable y la orden debe emanar directamente del presidente de la Nación ("Merino y Mendiola de Merino", *Fallos*, 252:90).

Puede ocurrir, eso sí, que una persona sea simultáneamente "detenido político" y "detenido judicial", si está también sometida a un proceso penal. En tal supuesto, ambos arrestos siguen su curso aparte ("Tamborini y Noel", *Fallos*, 167:254); por ejemplo,

puesto en libertad por el tribunal penal, puede seguir encarcelado en razón del estado de sitio ("Recloux", *Fallos*, 235:307, y "Gallizi", *Fallos*, 282:256), y viceversa.

b) El presidente no puede condenar por sí ni aplicar penas. Si el detenido está también sometido a un proceso penal, debe garantizársele a éste facilidades o medios para asegurar una comunicación adecuada con sus defensores ("Vélez Carreras", *Fallos*, 282:153).

Sobre el modo de operarse el arresto político, la Corte Suprema ha dicho que no se puede someter a esos detenidos a un régimen carcelario para procesados o condenados de máxima peligrosidad ("Pujadas", *Fallos*, 285:267), porque ello significaría ya imponerles una suerte de condena; y el art. 4°, inc. 3°, de la ley 23.098 prohíbe llevarlos a establecimientos destinados a la ejecución de penas, o agravarles ilegítimamente su condición.

c) Los arrestados pueden optar por salir del territorio argentino. Esto importa ejercer el llamado *derecho de opción* o *de extrañamiento* que al decir de la Corte Suprema concilia el interés común y las exigencias de la paz pública, con las garantías de la libertad individual, ya que permite que los arrestos decretados con motivo del estado de sitio, no se conviertan en una verdadera pena para los detenidos ("Moya", *Fallos*, 303:696). Mediante este derecho de opción, en efecto, el interesado puede recuperar su libertad (bien que fuera de la República).

La jurisprudencia de la Corte aclaró que no se trataba de un derecho absoluto, sino regulable ("Ercoli", *Fallos*, 296:372, y "Di Iorio", *Fallos*, 296:470); y que el Poder Ejecutivo tiene derecho a exigir del detenido o trasladado, o el compromiso de no residir en determinados países limítrofes, o de llevarlo a otros, cuando crea que existen graves motivos para proceder así ("Alvear", *Fallos*, 167:267), conclusión ésta que carece de apoyo en la Constitución nacional. La Corte Suprema sostuvo que tales limitaciones son inconstitucionales ("Rodríguez Araya", *Fallos*, 200:253, y "Gallardo", *Fallos*, 200:264).

§ 726. ***Otros derechos.*** – El art. 23 de la Const. nacional indica que como consecuencia del pronunciamiento del estado de sitio, quedan "suspensas allí las garantías constitucionales".

Esta frase puede interpretarse de distinto modo: *a*) que quedan suspendidos *todos* los derechos y garantías constitucionales (González Calderón, Montes de Oca); *b*) que quedan suspendidas las *garantías* (Gregorini Clusellas), es decir, el hábeas corpus, el amparo, o sea, los instrumentos destinados a custodiar los derechos, *pero no estos mismos*; y si hay exceso, cabe de todos modos hacer operar tales garantías; *c*) que lo único restringido es la libertad física (Linares Quintana, Rébora), tesis basada en que, a continuación de la frase indicada más arriba, la Constitución dice: "Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. *Su poder se limitará en tal caso*, respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas", y *d*) que quedan afectados exclusivamente aquellas garantías y derechos que sea necesario limitar en función de las causas que motivaron la declaración concreta del estado de sitio (tesis *finalista*: Bidart Campos), y siempre que no se trate de derechos naturales inherentes a la dignidad humana, innegables en cualquier momento a una persona por su condición de tal. Tales derechos, anteriores e incluso superiores a cualquier constitución, según se dijo en la Convención de 1860, en oportunidad de aprobarse el actual art. 33 de la Const. nacional no se podrán avasallar ni siquiera durante el estado de sitio.

Esta última tesis es la más razonable en pro de una interpretación funcional (ver § 17) de la Constitución, y es recepcionada por la Corte Suprema ("Editorial Sarmiento –Diario Crónica–", *Fallos*, 293:560).

En definitiva, la Corte Suprema ha sostenido que durante el estado de sitio son restringibles los derechos de *reunión* ("Sofía", *Fallos*, 243:504; "Faskowicz", *Fallos*, 240:235, y "Partido Obrero" *Fallos*, 254:301), de *libertad de imprenta* ("Bertotto", *Fallos*, 160:104; "Diario La Hora", *Fallos*, 236:46, y "Azul y Blanco", *Fallos*, 250:840), incluyendo la clausura de un diario ("Bertotto", *Fallos*, 160:104), el secuestro de sus ediciones, la prohibición de circulación y la clausura de oficinas ("Diarios 'Norte' y 'Voz Peronista'", *Fallos*, 244:59, y "Primera Plana", *Fallos*, 276:72); de *libertad de expresión oral, escrita o cinematográfica* ("Mallo", *Fallos*, 282:392); de *organización sindical* ("Sindicato Argentino de Músicos", *Fallos*, 248:800, y "Unión Obrera de la Construcción", *Fallos*, 247:77), incluyendo la clausura de un sindicato; de

huelga ("Allegrini", *Fallos*, 304:1662); de *asociación* ("Kaplán", *Fallos*, 250:196); de *propiedad* ("Azul y Blanco", *Fallos*, 250:840), etcétera.

§ 727. ***Control judicial.*** – Respecto de la revisión judicial de constitucionalidad (razonabilidad) de declaración del estado de sitio y de los arrestos dispuestos en consecuencia nos remitimos al § 312, relativo al hábeas corpus durante el estado de sitio. El control judicial allí descripto, relativo a detenciones, debe extenderse a las restricciones a otros derechos constitucionales, según indica el alto tribunal ("Editorial Sarmiento –Diario Crónica–", *Fallos*, 293:560, y "Primera Plana", *Fallos*, 276:72) en la doble revisión de causalidad y proporcionalidad, para lo cual es usualmente empleada la acción de amparo.

Conviene aclarar que para la Corte Suprema tal control jurisdiccional es especialmente requerible a ella, como tribunal de garantías constitucionales ("Moya", *Fallos*, 303:696, y "Puccio", *Fallos*, 304:1210).

§ 728. ***Arrestos dispuestos por el Poder Ejecutivo sin declarar el estado de sitio.*** – Por decr. 2049/85 se detuvo a un grupo de personas sin declarar el estado de sitio.

El Poder Ejecutivo también invocó una serie de normas infraconstitucionales (la ley 23.077, de defensa de la democracia; el Código de Justicia Militar, el Código Procesal Penal de la Nación, etcétera). La jurisprudencia declaró, con acierto, inconstitucionales esas detenciones (CNCrimCorr, Sala I, "Rodríguez", *LL*, 1985-E-294).

§ 729. ***Ley marcial.*** – Literalmente significa la *ley de la guerra*, e importa el sometimiento de los civiles a las normas y a las autoridades militares, incluyendo a los tribunales castrenses. En la práctica implica la posibilidad de aplicar la pena de muerte.

Ha tenido varios casos de concreción en la Argentina, por ejemplo, en 1869, por decreto del presidente Sarmiento, al intervenir la provincia de San Juan.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, en un caso resuelto en 1868 ("Comp. entre juez nac. Salta y el general en jefe Ejército del Norte", *Fallos*, 7:215), entendió que civiles involucrados en ac-

tos sediciosos protagonizados por la montonera de Felipe Varela, debían ser juzgados por tribunales también civiles, siendo improcedente la requisición militar del general Rivas, comandante en jefe del Ejército del Norte.

La Corte Suprema, en "Adhemar Moreno" (*Fallos*, 246:237), sostuvo posteriormente que el Gobierno nacional posee el derecho excepcional de adoptar medidas en defensa de la comunidad, en situaciones de peligro máximo; y en "Ruggero" (*Fallos*, 254:116) legitimó la aplicación de la ley marcial ("Rodríguez", *LL*, 142-153).

Desde el punto de vista normativo, no está admitida por la ley de defensa nacional 23.554 (art. 29).

§ 730. ***Estado de guerra interno.*** – En vigencia la Constitución de 1949, y en esta cuestión con un marco normativo semejante a la de 1853-1860, el Poder Ejecutivo dictó el decr. 19.375/51, aprobado por ley 14.062, por el cual se declaró el "estado de guerra interno en toda la República", y se dispuso que todo militar insubordinado o sublevado "será fusilado inmediatamente".

En "Attias" (*LL*, 67-643), la Corte Suprema declaró cuestión política no justiciable aquella declaración de guerra interna, y reputó que la detención de ciudadanos durante su vigencia, "constituye el ejercicio regular de uno de los poderes legítimos inherentes a ese estado".

La figura de "estado de guerra interno" no está contemplada por la Constitución, la que cuando habla de "declarar la guerra" (arts. 75, inc. 25, y 99, inc. 15), está aludiendo a una guerra entre la Argentina y otro Estado.

§ 731. ***Sometimiento de civiles a tribunales militares.*** – Este tema ha provocado una intensa discusión en el derecho argentino, parte de cuya doctrina niega la constitucionalidad del juzgamiento de un civil por un órgano jurisdiccional militar, en particular por la prohibición que tiene el Poder Ejecutivo de ejercer funciones jurisdiccionales (art. 109, Const. nacional), y del hecho de que si bien el Congreso puede crear tribunales militares para juzgar al personal castrense, para el gobierno de los ejércitos (art. 75, inc. 25, Const. nacional), ello no podría extenderse al encausamiento de civiles.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha admitido la posibilidad que tratamos, sólo durante situaciones de emergencia y, por tanto, de modo excepcional ("Rodríguez, Ruggero y otros", *Fallos*, 254:116; "Graiver", *Fallos*, 303:1965; "Arana", *Fallos*, 305:1923; "Gauna", *Fallos*, 306:63 y ss., entre otros), aunque, salvo en algunos pocos pronunciamientos ("De la Torre", *Fallos*, 303:172), aclaró que las condenas impuestas por esos tribunales castrenses, impugnadas legalmente, no debían subsistir una vez concluida la etapa de emergencia ("Rodríguez, Ruggero y otros", *Fallos*, 254:116; "Centeno", *Fallos*, 255:91; "Gauna", *Fallos*, 306:63, y "Arana", *Fallos*, 305:1923).

§ 732. ***Estado de asamblea.*** – Es una expresión multívoca. Para ciertos autores (González Calderón), equivalía a la convocatoria de milicias provinciales prevista por el art. 67, inc. 24, de la Const. nacional (texto de 1853-1860; ver § 711). Ésta es la versión de la *asamblea-reunión* o *asamblea-enganche*. Pero, en la historia nacional, el *estado de asamblea* ha implicado también una situación aplicable a civiles (p.ej., decretos del 7 de abril y 22 de mayo de 1829, ya que en ellos se "declara en estado de asamblea la población de la ciudad y sus suburbios", el primero por cuatro días y el segundo "por todo el tiempo que las circunstancias lo exijan"), con cierre de establecimientos públicos y ciertos comercios, y que Rébora llama *asamblea-estado*.

La expresión *estado de asamblea* y su convocatoria ha caído en desuso en el derecho argentino.

§ 733. ***Medidas de excepción, concesión de facultades extraordinarias y suma del poder público.*** – El art. 29 de la Const. nacional enuncia una enfática prohibición, que limita profundamente la posible concentración de poderes para enfrentar situaciones de emergencia. Dice así: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria".

Esta regla tiene una explicación histórica concreta: las leyes de la provincia de Buenos Aires, otorgando competencias de ese tipo a los gobernadores Martín Rodríguez (1820), Viamonte (1829) y especialmente a Juan Manuel de Rosas (1835 y 1851). El art. 29 de la Const. nacional incrimina tres conductas.

a) Conceder la "suma del poder público", cosa que importa centralizar en un órgano del Estado, en acto o en potencia, las competencias propias de todos los otros poderes, incluyendo el constituyente.

b) Conferir "facultades extraordinarias" significa *desorbitar* a un poder del Estado, aumentando desmesuradamente sus competencias con funciones de otro órgano, o con las que la Constitución no le da, lo que quiebra el equilibrio de poderes o el de las relaciones entre el Estado y las personas. En cualquiera de estos supuestos, hay una grave extralimitación de competencias: quien ejerza una facultad constitucional (aunque sea excepcional), no está asumiendo *facultades extraordinarias* en el sentido del art. 29 (p.ej., las connaturales con el estado de sitio, según la Corte Suprema en "Zavalla c/Astorga", *Fallos*, 11:427).

En "Cooke" (*LL*, 87-61), la Cámara Nacional Especial de la Capital Federal dijo que el tipo penal del art. 29 de la Const. nacional se consuma no sólo por una ley única, sino por un conjunto de normas o de actos que conduzcan a tiranizar la República. La Corte Suprema ("Spagnol", *Fallos*, 191:388) añade que también se tipifica si se postula reemplazar el régimen constitucional de libertad reglamentada, por el de dictadura o tiranía.

c) Conceder "sumisiones o supremacías", que dejen a merced de un gobierno o persona la vida, el honor o la fortuna de los argentinos. La Corte Suprema ha puntualizado que también los extranjeros domiciliados en el país están comprendidos en el concepto de "argentinos" del art. 29 de la Const. nacional ("Spagnol", *Fallos*, 191:388). En "Cooke", la Cámara Nacional Especial entendió que existían *supremacías* en las resoluciones de ambas cámaras del Congreso, del 7 de mayo de 1952, que declararon "Libertador de la República" al entonces presidente Juan D. Perón, y en la ley 14.036 que ordenó la erección de su monumento, en vida; *sumisiones*, en las personas, por la ley 14.400, que, según la Cámara, puso en manos del Poder Ejecutivo suprimir el derecho

de reunión y de libertad de cultos; y en las fortunas, por la ley 14.184, del II Plan Quinquenal, que además estableció como doctrina oficial la de un partido político (*LL*, 87-61).

§ 734. ***Sujetos involucrados. Sanción.*** – La redacción del art. 29 de la Const. nacional refiere a las siguientes personas: *a*) los miembros del *Congreso nacional*, y de las *legislaturas provinciales*, que otorguen (*formulen*) las competencias prohibidas; *b*) el *presidente de la Nación* y los *gobernadores provinciales*, cuando las *consientan* (Midón), y *c*) cualquier *gobierno* o *persona* ("Peralta", *LL*, 1991-C-158), a quien se le confiera la supremacía o sumisiones citadas, y que las *consientan*.

La sanción prevista por el citado art. 29 es, primero, la nulidad de los actos prohibidos, y después "la *responsabilidad* y *pena* de los infames traidores a la Patria". Cabe aclarar que los sujetos señalados precedentemente *no incurren* en el delito de traición a la patria, ya que éste se encuentra descripto en el art. 119 de la Const. nacional, "únicamente" para los casos que allí menciona. Lo que sí ocurre es que son *castigados* con la pena impuesta para la comisión de este delito.

Para la Corte Suprema, no es amnistiable el delito contemplado por el art. 29 de la Const. nacional ("Perón", *Fallos*, 247:387), atento al énfasis de su redacción y los antecedentes históricos que lo explican. Sin embargo, el art. 75, inc. 20, cuando autoriza al Congreso a dictar "amnistías generales", no establece tal restricción (Ramella).

D) Competencias normativas en áreas de derecho federal, común y local

§ 735. ***Introducción. Derecho nacional. Normas federales, comunes y locales que dicta el Gobierno federal.*** – La Constitución *otorga* al Gobierno federal competencias para dictar normas destinadas a regular el "*derecho común*" (civil, comercial, penal, laboral, etc. –art. 75, inc. 12–), y a las *zonas federales* (territorios nacionales, Capital de la Nación, etc., normas que se llaman de *derecho local nacional*), a más de ciertas actividades que

la Constitución ha querido reservarle a éste, incluyendo, desde luego, las normas de su organización (*derecho federal*).

Cabe aclarar también que, según la Corte Suprema, una misma ley dictada por el Congreso puede abarcar normas de derecho nacional común, federal y local ("Fábrica Arg. de Pigmentos", *Fallos*, 270:246). Esa mixtura normativa no es inconstitucional. Ha pasado con el Código Penal ("Zamora", *Fallos*, 183:49) y con la ley de accidentes de trabajo ("Banco Francés", *Fallos*, 187:470).

También es posible que haya leyes *ambivalentes* como la 11.683, de procedimiento impositivo. Cuando se la aplica para recaudar un tributo federal, vale como derecho federal; y si se la emplea para percibir un tributo local, opera como derecho local ("El Condado", *Fallos*, 302:1324).

§ 736. ***Derecho federal.*** – Es derecho *nacional*, pero sólo una parte de él. Tiene por objeto regular los poderes federales y sus competencias en la prosecución de fines federales (*no* de derecho común o de derecho local).

Las *leyes federales*, llamadas por la Corte Suprema "normas de carácter federal" ("Movimiento Scout Argentino", *Fallos*, 302:545, y "De Fabriziis y D'Orsi", *Fallos*, 302:1105), refieren, por tanto, a la estructuración de los órganos del Estado federal (p.ej., ley de ministerios, decreto ley orgánico de la justicia federal) y también de ciertas materias donde prevalece el interés federal (p.ej., delitos sometidos a la jurisdicción federal, como estupefacientes, "Roldán", *Fallos*, 301:673; ley 20.680, de abastecimiento, "Palmar Bs. As.", *Fallos*, 300:511; ley 21.628, de tenencia de armas de guerra, "Rodríguez", *Fallos*, 304:1820; ley 12.591, de precios máximos, *Fallos*, 192:212, entre otros).

El derecho federal, cuando es el objeto principal y esencial de un proceso, genera jurisdicción federal por razón de la materia (art. 116, Const. nacional); y cuando no ha sido así (p.ej., por debatirse en el pleito de manera accesoria, o si debió iniciarse en sede provincial), de todos modos permite ocurrir a la jurisdicción federal mediante el recurso extraordinario, que será decidido por la Corte Suprema (ver § 327).

Posteriormente la Corte Suprema –modificando parte de su jurisprudencia anterior– ha dicho que un tratado internacional tiene naturaleza de derecho federal, siendo irrelevante que su contenido verse sobre temas de derecho común y aunque el tratado se incorpore a una ley nacional común. Nada de ello puede enervar, dice, la sustancia federal del tratado ("Méndez Valles", *ED*, 167-13), en particular a los fines del recurso extraordinario federal.

§ 737. ***Derecho común. Concepto. Atribuciones provinciales.*** – La legislación común, explica la Corte Suprema, comprende los códigos mencionados en el art. 75, inc. 12. Tales códigos legislan de manera general y estable respecto de todo el territorio de la República. También cabe incluir en el derecho común a las leyes que se declaren incorporadas a esos códigos, y las que, aun sin una declaración expresa, los integran, modifican o amplían ("Riveros de Pacheco", *Fallos*, 294:430).

El art. 75, inc. 12, de la Const. nacional, en efecto, deja en manos del Congreso nacional: "Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social". La reforma de 1994 añadió que esos códigos pueden sancionarse "en cuerpos unificados o separados", atendiendo a la posibilidad de, por ejemplo, unificar los códigos Civil y Comercial (miembro informante por la Comisión de Redacción, convencional Corach, en "Diario de Sesiones", p. 4595, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 6153).

Tal "derecho común" para el alto tribunal abarca preceptos de derecho privado y público y puede traer reglas de orden público ("Pírez", *Fallos*, 301:871). Se lo llama también derecho *sustantivo*, *de fondo*, *básico* o *elemental*. El objeto del artículo constitucional ha sido lograr la uniformidad de las instituciones sustantivas o de fondo, salvaguardando la diversidad de jurisdicciones propia de una forma federal de gobierno ("Ramos", *Fallos*, 278:62). En los Estados Unidos de América, en cambio, el derecho de fondo no es de materia nacional, sino que cada Estado lo regula a su modo.

La Nación ha dictado también *códigos* no mencionados en el art. 75, inc. 12, de la Const. nacional. Por ejemplo, el Código Aeronáutico (ley 17.285) fundándose en la *cláusula comercial* de la Constitución (art. 75, inc. 13), en la *cláusula navegatoria* (arts. 75, inc. 10, y 126), o, por analogía, en la facultad de dictar el Código de Comercio (art. 75, inc. 12). También aprobó el Código

Aduanero (ley 22.415), dada la jurisdicción nacional sobre las aduanas (art. 75, inc. 1). En rigor, está habilitada para sancionar cualquier *código* (esto es, norma orgánica y sistemática regulatoria de una determinada materia), en asuntos donde tenga competencia legislativa nacional (federal, común o local nacional). Hay, pues, *códigos* nacionales de derecho común (los del art. 75, inc. 12), y otros de derecho federal y local nacional.

Las provincias, ahora, no pueden válidamente abordar temas de derecho común después de dictados los códigos nacionales; por ejemplo, en materia de prescripción ("Verdini", *Fallos*, 327:3187).

§ 738. ***Aplicación del derecho común. Tribunales locales. Corte nacional de casación.*** – La aplicación de las normas de derecho común corresponde a las provincias y a la Nación, en sus respectivas jurisdicciones, según el art. 75, inc. 12, de la Const. nacional ("Ramos", *Fallos*, 278:62, y "Capurro *in re*: F. Simonetti y Vignale", *Fallos*, 187:79).

La efectivización del derecho común por diversos tribunales (los de cada provincia y de la Nación) provoca que una misma norma del Código Civil, por ejemplo, pueda tener múltiples interpretaciones. Ello afecta el principio constitucional de igualdad (Bidart Campos), pero es uno de los costos normales a afrontar si se adopta un sistema federal.

Para la Corte Suprema, esa disparidad interpretativa no suscita "cuestión federal" para la promoción del recurso extraordinario, que no está previsto para unificar jurisprudencia ("Crédito Integral", *Fallos*, 307:752, y "Speck", *Fallos*, 300:309).

¿Sería inconstitucional programar una corte nacional de casación, en materia de derecho común? ¿Violaría esa tentativa de uniformar la interpretación de los códigos de fondo, las atribuciones provinciales de aplicar tales leyes, según el art. 75, inc. 12, de la Const. nacional? Si se repasan las razones que justificaron tal inciso, se recordará que tuvo por meta evitar el vaciamiento de las justicias provinciales (ver § 742); y, por ende, suministrarle a ellas funciones jurisdiccionales. Pero satisfecho ese propósito, nada se dijo entonces sobre la posibilidad de que, agotadas las instancias provinciales, el pleito pudiese subir en casación a un tribu-

nal nacional. Esta alternativa, entonces, está abierta, y es posible que cada vez sea más requerida, en función de los valores *seguridad* e *igualdad*.

§ 739. ***Legislación penal. Contravenciones. Amnistía.*** – El Gobierno federal debe dictar el Código Penal, que es de "derecho común" (art. 75, inc. 12, Const. nacional), además de ciertas normas penales específicamente mencionadas por la misma Constitución, como las relativas a "falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado" (art. 75, inc. 12).

En nuestro país, tradicionalmente, el Código Penal se ocupa sólo de delitos, y no de faltas o contravenciones menores. Estructuralmente, enseña Marienhoff, los delitos y faltas se identifican, pero en nuestra experiencia jurídica están separados. De ahí que las faltas o contravenciones, conforme al derecho consuetudinario local, son normadas por la Nación (en su ámbito territorial de aplicación), por las provincias (en el suyo) y por las municipalidades o comunas (también en su respectivo perímetro, y según regulación de atribuciones de las provincias o, para el caso de la Ciudad de Buenos Aires, por el nuevo art. 129).

Incluso, y para esta última, se confirieron facultades al jefe de la Policía Federal, para definir las faltas, pero la Corte Suprema, en "Mouviel" (*Fallos*, 237:657), declaró inconstitucional esa delegación de competencias, ejercida otrora mediante *edictos policiales*.

Con relación a las amnistías, el art. 75, inc. 20 *in fine*, de la Const. nacional otorga competencia al Congreso de la Nación para "conceder amnistías generales", en lo que se refiere a delitos y contravenciones legislados por el Gobierno federal. Las provincias pueden, a su turno, amnistiar con relación a las contravenciones o faltas por ellas establecidas. Interesa apuntar algunos detalles sobre las amnistías que dispone el Congreso nacional.

a) *Objeto*. Las leyes de amnistía (palabra que proviene de *amnesia*, olvido), según jurisprudencia de la Corte Suprema, tienen por fin borrar la condición de ilícitos a determinados hechos ("Verta", *Fallos*, 211:1670), por lo cual provocan la extinción de la acción penal para los procesados por esos hechos, o de la condena para los ya sancionados, aun con sentencia firme ("Mi-

nisterio Fiscal", *Fallos*, 178:157, y "Toranzo, Severo", *Fallos*, 178:337).

En definitiva, la amnistía importa *despenalizar* o *destipificar* penalmente la conducta a que ella haga referencia.

b) *Naturaleza de la ley de amnistía.* Cierta doctrina judicial deduce la facultad de amnistiar, de la de dictar el Congreso el Código Penal ("Camps", *Fallos*, 310:1225). De la competencia de incriminar, se infiere así la de desincriminar. Sin embargo, la Corte Suprema ha señalado que la atribución de amnistiar es un acto de gobierno que excede del ámbito del derecho *común*, por lo que la ley de amnistía es derecho *federal* ("Alcari", *Fallos*, 245:455; ver § 736 y 737).

c) *Motivación.* La Constitución no aclara cuáles son los propósitos que pueden animar a una ley de amnistía. La Corte Suprema ha señalado que configura una expresión de soberanía política, tendiente a la pacificación social ("Lucero", *Fallos*, 287:306), o a restañar heridas ("Pivovarov", *Fallos*, 286:59), o por motivos de interés común, tranquilidad y bienestar públicos, librados al criterio del Poder Legislativo ("F. C. Central Arg.", *Fallos*, 102:43).

d) *Orden público.* Por tales razones de interés general, la aplicación de una amnistía no se subordina a la conformidad del beneficiado por ella ("Santander", *Fallos*, 254:282), ya que en su efectivización está interesado el orden público ("Pejkovich", *Fallos*, 289:414).

§ 740. ***Delitos amnistiables.*** – Ciertos pronunciamientos de la Corte Suprema ("Perón", *Fallos*, 247:387), han afirmado que no es constitucional la amnistía respecto del delito previsto por el art. 29 de la Const. nacional (ver § 733: concesión de facultades extraordinarias o la suma del poder público), dada la enfática directriz constitucional de castigarlo; o la dictada respecto de delitos atroces, cometidos de manera inhumana, ya que su perdón importaría arbitrariedad en el ejercicio del poder normativo ("Riera Díaz", *Fallos*, 254:315, y "Camps", *Fallos*, 310:1162). No obstante, este criterio limitativo no puede tener sustento en el mencionado art. 75, inc. 20, de la Const. nacional, que no impide amnistías para tales deplorables ilícitos.

Sin embargo, bien puede ocurrir que una norma de derecho internacional, obligatoria para los poderes argentinos ("Ekmekdjian", *LL*, 1992-C-543), prohíba amnistiar ciertas figuras penales. Esto sí importaría una restricción a los poderes del Congreso, en esta materia. Al respecto, los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, rotulados como imprescriptibles por el derecho internacional, podrían involucrarse entre los no amnistiables ("Simón", *JA*, 2005-IV-377).

§ 741. ***El requisito de la generalidad.*** – El art. 75, inc. 20, de la Const. nacional demanda que las amnistías sean *generales*. Tal exigencia no impide, explica la Corte Suprema, que el legislador imponga requisitos sobre los hechos, el tiempo y las condiciones de su vigencia ("Pomar", *Fallos*, 207:261). Por ejemplo, no es inconstitucional que una amnistía excluya las sanciones aplicadas en el campo del derecho privado ("Asociación de Periodistas", *Fallos*, 292:425).

Ahora bien: ¿es constitucional que la ley de amnistía beneficie a los miembros de un grupo, o a los de cierto grado en ese grupo, y excluya a los restantes? La ley 20.508, por ejemplo, amparó a los particulares que hubiesen cometido ciertos ilícitos, pero no del mismo modo a quienes hubiesen reprimido, y la Corte Suprema entendió que ello no vulneraba la Constitución, porque tal discriminación tenía fundamentos políticos valederos, como "no beneficiar a los protagonistas de delitos comunes y entre ellos aquellos que poniéndose al servicio de la opresión, usurpando el poder con abuso de autoridad, desencadenan el terror, el odio y la violencia" ("Pivovarov", *Fallos*, 286:59).

En este punto, como principio, cabe sostener que una discriminación entre los sujetos amnistiados tiene presunción de ser inconstitucional, ya que va contra la regla de la generalidad del art. 75, inc. 20, de la Const. nacional; salvo que haya sólidos motivos legitimantes de la distinción entre los sujetos mencionados por la ley de amnistía. El juicio definitivo sobre estos criterios corresponde al Poder Judicial, ya que si bien el Congreso es el juez de la oportunidad y contenido de la desincriminación, propia de la ley de amnistía, la judicatura lo es de su ejercicio razonable, si se entiende a la razonabilidad como tope de la constitucionalidad (Bidart Campos).

§ 742. ***Derecho procesal.*** – Desde luego, el Congreso nacional es competente para dictar reglas procesales concernientes a cómo tramitar las causas que se llevan ante la judicatura federal.

¿Qué decir sobre las normas de procedimiento en expedientes que se diligencian ante las justicias provinciales? La Corte Suprema ha dicho que las provincias tienen facultad constitucional para legislar sobre procedimientos ("Allegroni", *Fallos*, 271:150), por ser una atribución que en principio está reservada a ellas, tanto por el art. 75, inc. 12, así como también por el art. 121 de la Const. nacional ("Feito García de Carreira", *Fallos*, 299:45). Esta doctrina se ratifica en "Verbitsky", aunque allí se habla de una discutible facultad de orientación federal respecto de los códigos procesales provinciales penales (ver § 1007, c).

De todos modos, y según la Corte Suprema, la Nación está habilitada para dictar normas de procedimiento, con relación al derecho común, aplicables en los tribunales provinciales, cuando fuesen "razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos" consagrados por ese derecho común o de fondo ("Spinetto", *Fallos*, 271:36; "SA Turia", *Fallos*, 297:458, con referencia a la ley de concursos, etcétera).

§ 743. ***Derecho local.*** – El Congreso puede (y debe) dictar normas para los territorios nacionales (ya provincializados: ver § 365), a tenor del art. 75, inc. 15 (que ordena "determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales"), para la Capital Federal y los lugares donde operan establecimientos nacionales en las provincias (según el art. 75, inc. 30, le corresponde: "Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República"). Nos remitimos al § 375 y siguientes.

El Congreso opera aquí de modo análogo a una legislatura provincial.

Las provincias también emiten normas de derecho local para su propia operatividad (constituciones y leyes provinciales, ordenanzas municipales, etcétera). En el ámbito penal, esto comprende la atribución de tipificar faltas o contravenciones, figuras de índole menor a los delitos (así existen los *códigos de faltas* locales) es decir, describir y punir las "infracciones relacionadas con el ambiente particular de cada provincia" (Marienhoff). Los municipios también lo hacen por delegación provincial.

E) Competencias judiciales

§ 744. ***Introducción. Normas constitucionales.*** – La Constitución diseña un marco de competencias jurisdiccionales federales y al mismo tiempo asigna otro a las provincias.

Con respecto a la Nación, el art. 116 dice: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero".

El art. 117 añade: "En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente".

En cuanto a la Nación y las provincias, el art. 75, inc. 12, confiere a la primera la facultad de dictar los códigos Civil, de Comercio, Penal, de Minería y el no concretado del Trabajo y Seguridad Social, "sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones".

Debe subrayarse que tal esquema constitucional ha sido *reglamentado* (y en parte *modificado*) por una legislación infraconstitucional y por la jurisprudencia, en particular de la Corte Suprema.

Este derecho subconstitucional ha recortado el radio de acción de los arts. 116 y 117, produciendo una verdadera *mutación constitucional por sustracción* (ver § 44). En tal sentido, la Corte Suprema ha dicho que el Congreso puede consagrar excepciones a las causas de competencia federal contempladas en el art. 100 (actual art. 116) de la Const. nacional, aun por razón de la materia ("Obra Social Empleados de Comercio", *Fallos*, 310:298).

1) Competencia federal

§ 745. ***Caracteres.*** – La doctrina de la Corte Suprema enuncia una serie de rasgos que perfilan esa competencia, aunque cada uno de ellos cuenta con una significativa serie de excepciones.

a) Tiene base constitucional y está descripta en los artículos ya mencionados, que son su fuente. Pero también emana de las leyes federales que la reglamentan ("Atentado contra presidente de la República", *Fallos*, 14:26). No puede estar normada por constituciones o leyes provinciales ("Otero", *Fallos*, 57:337).

b) Esta competencia es limitada y de excepción ("Hachiche", *Fallos*, 232:17, y "N. N.", *Fallos*, 304:289), ya que surge de poderes delegados al Gobierno federal, en tanto que los no delegados siguen siendo provinciales (art. 121, Const. nacional). Por tanto, debe entenderse restrictivamente ("OSN", *Fallos*, 307:1139, y "Peña de Paz Ureña", *Fallos*, 305:193). Si no aparece claramente su competencia, cabe excluirla ("Criminal c/Moressi", *Fallos*, 48:151, y "Solimine", *Fallos*, 307:1739). En resumen, no interviene si no es por imperativo de la Constitución nacional o de la ley (art. 5°, ley 27).

c) No puede ser ampliada por ley. Sin embargo, el Congreso de hecho la ha reducido, al restringirla en ciertos supuestos ("Enrique", *Fallos*, 302:1209; ver § 746).

d) No puede ser ampliada por voluntad de las partes. Por lo tanto, no es prorrogable a situaciones ajenas a las previstas por la Constitución ("Otero", *Fallos*, 1:25, y "Dana", *Fallos*, 71:352).

La jurisprudencia de la Corte Suprema indica que es de orden público ("Luz Córdoba", *Fallos*, 151:324); pero al admitir la prórroga de la competencia federal en favor de la provincial en varios casos (p.ej., cuando aquélla proviene de las personas; ver § 746), se deja en manos de los sujetos del proceso, en tales hipótesis, la radicación de la causa en el ámbito federal o provincial.

e) Es de tipo contencioso, pues el art. 2° de la ley 27 indica que la judicatura federal "nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte". Por tanto, ha señalado la Corte, debe mediar un juicio, pleito o causa, debe existir una controversia entre partes que respectivamente afirmen o contradigan sus pretendidos derechos ("Prov. de Mendoza", *Fallos*, 243:176, y "Banco Popular de La Plata", *Fallos*, 273:109) y no procede de oficio ("Gremillon", *Fallos*, 210:897).

Esta tesis ha provocado que no se tramiten en la justicia federal los procesos universales de declaratorias de herederos y sucesiones y por extensión los concursos y quiebras (art. 12, inc. 1, ley 48; "Pipino", *Fallos*, 223:120), por entenderse que en tales expedientes "no resultan afectados los propósitos que informan la competencia federal" ("Banco Nación Argentina", *Fallos*, 307:532, y "Domínguez", *Fallos*, 295:663). Todo ello a pesar de tratarse de un extranjero el fallido o causante, o aunque en dicho expediente litigue la Nación (p.ej., como acreedora, "Tritschler", *Fallos*, 220:1489). Se produce, aquí, un significativo caso de sustracción a la competencia programada por la Constitución.

f) En ciertas áreas es privativa y excluyente. En principio, la competencia federal, por razón de la *materia*, no se puede prorrogar en favor de la justicia provincial ("Villafañe", *Fallos*, 132:230, y "Cía. de Seguros La Unión Gremial", *Fallos*, 146:49), pero sí es prorrogable cuando se produce por razón de las *personas* (art. 12, inc. 4, ley 48); por ejemplo, por acuerdo o convención ("Díaz, Remo", *Fallos*, 247:414, y "Frigerio", *Fallos*, 255:341), esto es, de modo *expreso* o *tácito*, si planteado el pleito en sede provincial, el demandado no objeta en tiempo y forma esa jurisdicción ("Sanzuber", *Fallos*, 294:62; art. 12, inc. 4, ley 48); o cuando aquel en cuyo beneficio se instituyó la justicia federal, acude directamente a la provincial ("Bellocq", *Fallos*, 170:308). Esta prórroga se produce incluso cuando la Nación es parte ("Brizuela", *Fallos*, 286:203, y "Talleres de Reparaciones Navales", *Fallos*,

269:431), o cuando el pleito podría tramitarse de modo originario ante la Corte Suprema ("Pérez Martín", *Fallos*, 203:342).

También el derecho consuetudinario y el derecho infraconstitucional han hecho declinar la jurisdicción federal en estas situaciones: escasa significación (civil o penal) de lo debatido en un pleito ("Regalado", *Fallos*, 303:141; p.ej., alquiler mensual inferior a ciento veinte pesos, "Bolón Pérez", *Fallos*, 108:137), y ciertas materias en donde no entrarían en juego los fines que justifican constitucionalmente la actuación judicial federal ("Sind. Choferes Camioneros", *Fallos*, 304:616; así, pleitos del fuero del trabajo, "Rivero", *Fallos*, 303:1231, y "Salazar", *Fallos*, 306:368; juicios de divorcio, etcétera).

En definitiva, la Corte Suprema resolvió que la única jurisdicción federal exclusiva ha sido la asignada por el art. 117, de modo originario a la Corte ("Regalado", *Fallos*, 303:141), tesis que consuma la interpretación mutativa por sustracción que ya se mencionó.

g) Generalmente es inalterable, y esto implica que, radicado un juicio en sede federal, debe permanecer en ella no obstante cambiar, por ejemplo, la nacionalidad de una de las partes ("Acuña", *Fallos*, 34:57) o su domicilio ("Roca", *Fallos*, 13:161). En principio, la competencia federal queda definida por la demanda ("Sáenz Valiente", *Fallos*, 134:401, y "Salazar", *Fallos*, 306:368) o por la demanda y contestación (punto controvertido, "Expropiación c/Lousteau", *Fallos*, 59:7). Sin embargo, la existencia de juicios universales en sede provincial puede provocar el traslado de una causa federal a aquella jurisdicción ("Vela", *Fallos*, 86:212).

§ 746. ***Clasificación de las causas de competencia federal.*** En la Argentina, las fuentes de la competencia federal se clasifican por razón de la *materia*, del *lugar* y de las *personas*.

a) *Por razón de la materia*. El propósito de la actuación judicial es aquí afirmar las atribuciones del Gobierno federal ("Gutiérrez", *Fallos*, 311:919), y se entiende que son de competencia federal las causas donde se debaten normas de derecho federal (ver § 744). La ley 48, en su art. 2°, inc. 1, exige que esas causas "sean *especialmente* regidas por la Constitución nacional, las leyes que haya sancionado y sancionare el Congreso y los tratados públicos con naciones extranjeras". La Corte Suprema ha interpretado que para que emerja la jurisdicción federal, el derecho planteado en un pleito debe estar directa o inmediatamente fundado en una norma de naturaleza federal ("Caratolli", *Fallos*, 306:1363, y sus citas), y no de modo accesorio o incidental. La materia federal debe ser la *predominante* para resolver el caso ("Tecpetrol", *Fallos*, 328:1580).

En particular, la Constitución declara de competencia federal "las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima" (art. 116).

También dijo la Corte que cuando la competencia federal surge por razón de la materia, es *improrrogable*, *privativa* y *excluyente* ("Mendoza", *Fallos*, 1:485; "Ezquivel", *Fallos*, 298:416, y "Edesur", *Fallos*, 327:1211), sin que el consentimiento o el silencio de las partes sean hábiles para derogar tal principio ("Telecor", *Fallos*, 311:1812, y "Municipalidad Gral. Mosconi", *Fallos*, 312:2010).

b) *Por razón del lugar*. Cabe aquí diferenciar dos cuestiones que revisten interés teórico-práctico.

1) Competencia judicial nacional en lugares que pueden haber pasado al dominio federal por *compra* o *cesión* según el anterior art. 67, inc. 27, de la Const. nacional; o donde operen establecimientos de utilidad nacional, a tenor del nuevo art. 75, inc. 30. En tal hipótesis (ver § 375 y 743), la jurisprudencia prevaleciente de la Corte Suprema indica que sólo surge la competencia federal si, en el caso bajo examen, se afectan intereses federales o la prestación del servicio del establecimiento nacional allí situado ("Urey", *Fallos* 328:390, y "Leguiza", *Fallos* 328-877). Como consecuencia de esta doctrina, para que un delito cometido en tal lugar deba ser conocido por la justicia federal, tendrá que constatarse la presencia del interés federal o de fines federales en juego ("Rodríguez", *Fallos*, 311:1389, y "Quintos", *Fallos*, 311:2072).

Esta jurisprudencia conserva vigor después de la reforma de 1994, ya que el nuevo art. 75, inc. 30, da al Congreso federal competencias para dictar leyes en los establecimientos de utilidad nacional ubicados en cualquier punto del país, "para el cumplimiento de los fines específicos" de esos establecimientos, mientras que las autoridades provinciales y municipales conservan los poderes de policía tributarios, "en tanto no interfieran en el cumplimiento" de los fines federales.

2) Competencia judicial en la capital de la Nación o en un territorio nacional, ya analizado en el § 591.

c) *Por razón de las personas.* En esta hipótesis y atento a lo resuelto por la Corte Suprema, la gestión judicial federal tiene por fin asegurar la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros ("Wilensky", *Fallos*, 311:489; "Pérez Rovetta", *Fallos*, 327:732, y "Gutiérrez", *Fallos*, 311:919). Existen, aquí, las siguientes directrices jurisprudenciales, con ciertas excepciones:

1) Es prorrogable, según el art. 12, inc. 4°, de la ley 48.

2) Requiere uniformidad de situación en los litisconsortes, pues si hay pluralidad de litigantes, será necesario que todos los miembros del grupo (actor o demandado) que puedan invocar la jurisdicción federal, estén en condiciones de exigirla ("Di Stilio", *Fallos*, 286:140).

3) Exige "pertenencia originaria del derecho en disputa", es decir "que el derecho que se disputa pertenezca originariamente, y no por cesión o mandato" a quien invoca la jurisdicción federal (art. 8°, ley 48). El requisito que mencionamos se aplica tanto a demandantes como a demandados ("Olivier de Lujambio", *Fallos*, 300:1242).

4) No puede ser alegada por quien no tiene derecho a ser su beneficiario.

1) *Casos en que el Estado argentino es parte.* Según se apuntó, el art. 116 de la Const. nacional declara de competencia judicial federal "los asuntos en que la Nación sea parte". El art. 2° de la ley 48 comprendió también las causas en que "un recaudador de sus rentas sea parte" (inc. 6). Se justifica la judicatura federal a raíz de la presencia de un interés federal, al estar eventualmente comprometida en estos juicios la responsabilidad de la Nación ("Caja Nacional de Ahorro Postal", *Fallos*, 288:186).

Por lo demás, cabe recordar que la Nación demandada tiene derecho a la jurisdicción federal, por más que otro codemandado no lo tenga ("Tierno", *Fallos*, 310:2465).

El fuero federal se justifica, asimismo, en procesos que involucran a funcionarios federales por hechos de sus tareas como tales ("Ruckauf", *Fallos*, 327:549).

2) *Distinta vecindad.* Reglamentando el art. 116 de la Const. nacional, el art. 2° de la ley 48 especificó que eran de competencia federal "las causas civiles en que sean partes un vecino de la provincia en que se suscite el pleito y un vecino de otra" (inc. 2). El propósito de esta jurisdicción, según la Corte, fue evitar que el juez de una provincia pudiera ser parcial con sus comprovincianos, en detrimento del afincado en otra provincia, y evitar así una posible causa de antagonismo entre las provincias ("Lugo", *Fallos*, 307:1823).

Cabe subrayar, primero, que sólo están captadas por esta jurisdicción las causas *civiles* (criterio harto discutible, en función de los propósitos constitucionales, ya que con mayor motivo era exigible el fuero federal para las causas penales). También quedan excluidos los procesos que ventilen temas de derecho local ("Compañía de Recreativos", *Fallos*, 328:872) y que, en razón de los motivos que la explican, no puede ser invocada por el habitante de una provincia demandado ante los jueces de ésta, aunque el actor sea de otra provincia ("Spezzano de Martín", *Fallos*, 310:849, y "Barros", *Fallos*, 310:1899).

Dos extranjeros residentes en distintas provincias no están habilitados para reclamar el fuero federal ("Crespo", *Fallos*, 275:507).

3) *Casos en que es parte un ciudadano extranjero.* El art. 2° de la ley 48 remite a la competencia federal las causas *civiles* en que sea parte un ciudadano argentino y uno extranjero, al igual que lo hizo el art. 111 de la ley 1893.

La explicación histórica de la cláusula del art. 116 de la Const. nacional (proteger a los extranjeros ante eventuales vicios de las justicias provinciales; evitar que éstas pudiesen comprometer la responsabilidad del Estado federal ante aquellos defectos) no tiene actualmente razón de ser, según la jurisprudencia de la Corte Suprema ("Fornari de Arguedas Cabrera", *Fallos*, 311:2178).

Si el presunto extranjero todavía no compareció al pleito, no se dan las condiciones para declarar la competencia federal ("Stempels", *Fallos*, 311:858). Pero si un extranjero es demandado en sede federal, no está en condiciones de renunciarla ("Palau y Cía.", *Fallos*, 131:63). En el ámbito de la Capital Federal, como todos los jueces son nacionales, el extranjero no puede cuestionar la ac-

tuación de un juez del fuero ordinario ("Asociación Hijas de San Camilo", *Fallos*, 310:1106).

No rige, según la Corte Suprema, la jurisdicción federal por extranjería en los pleitos laborales ("Salazar", *Fallos*, 306:368), tampoco en los concernientes al derecho local ("Misha Rauhut", *Fallos*, 328:1231), ni en los procesos penales por delitos comunes ("Patiñosegel", *Fallos*, 311:441), ni en los casos de extranjería concurrente, con actor y demandados extranjeros ("Días Besciga", *Fallos*, 275:25). Son otros tantos casos de interpretación mutativa *por sustracción* de la cláusula del art. 116 de la Const. nacional.

4) *Casos en que es parte un Estado o una embajada extranjera. Organismos internacionales.* El art. 116 de la Const. nacional asigna a la justicia federal las causas iniciadas "contra un Estado... extranjero". Cabe entender que también entran aquí los procesos donde ese Estado es parte como demandante.

Tales causas, conviene advertirlo, pertenecen a la justicia federal ("MCBA", *Fallos*, 284:161), pero no son de competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema, según abundante jurisprudencia de ésta ("Francavilla", *Fallos*, 307:1146; "Aguirre", *Fallos*, 305:1148; "Embajada de El Salvador", *Fallos*, 310:783; "Sestito", *Fallos*, 327:208, etc.), como tampoco los pleitos contra embajadas ("Sotomayor Solar", *Fallos*, 311:916), lo que constituye una paradoja jurídica, ya que las causas concernientes a sus embajadores sí van directamente ante la Corte. Sin embargo, aquellos expedientes pueden arribar inicialmente ante los estrados de ésta si es parte en el pleito una provincia, en virtud del art. 117 de la Const. nacional.

Los Estados extranjeros gozan de la llamada *inmunidad de jurisdicción*, no pueden ser demandados ante los tribunales argentinos sin la expresa conformidad de aquéllos (art. 24, decr. ley 1285/58).

Sin embargo, en "Manauta" (*ED*, 162-88), la Corte Suprema recortó la inmunidad de los Estados extranjeros a los casos en que éstos actúen *iure imperii* (es decir, cuando en un proceso se discutieren los actos de gobierno realizados por tal Estado en su calidad de soberano), y no *iure gestionis* (actos de índole privada, p.ej., comercial). Es la doctrina "restringida" o "relativa" para tal inmunidad. La ley 24.488, referida al tema, adoptó tal tesis.

Las embajadas y representaciones diplomáticas son equiparadas por la Corte Suprema a los Estados extranjeros, en el sentido de que los procesos referidos a ellas no son de su competencia originaria ("Embajada de la República Federal Alemana", *Fallos*, 303:726, y "Sotomayor Solar", *Fallos*, 311:916), salvo cuando el hecho haya afectado el desempeño de las actividades propias de la legación ("Consulado General de Italia", *Fallos*, 311:2125), como ocurrió, por ejemplo, con el atentado a la embajada de Israel, acaecido en 1992.

En el caso de los organismos internacionales, entendemos que cabe equipararlos a los Estados extranjeros ("Soldán", *Fallos*, 304:1956, y "Queijo Delgado", *Fallos*, 327:6008).

Así, una demanda contra la Organización de las Naciones Unidas será de competencia federal, pero no de instancia originaria ante la Corte Suprema ("Romero", *DJ*, 1996-1-585).

5) *Casos concernientes a embajadores y ministros públicos extranjeros.* Estos procesos son de competencia federal, y normalmente de tipo originario y exclusivo de la Corte Suprema, según el art. 117. Cabe, sin embargo, realizar ciertas precisiones.

En cuanto a los *sujetos comprendidos*, el art. 24 del decr. ley 1285/58 le atribuye competencia originaria a la Corte en "las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia, del modo que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes" (inc. 1). Hay pues aquí una mutación *por adición* al texto constitucional, en el sentido de que se le han sumado otros supuestos, ya que quien no sea embajador o ministro público extranjero, no está incluido en los arts. 116 y 117 de la Const. nacional (respecto de los cónsules, remitimos al punto 7).

Los representantes de organismos internacionales no están equiparados por la Corte Suprema a los embajadores y ministros nombrados por el art. 117 de la Const. nacional ("Bombau", *Fallos*, 306:586), aunque en algún caso la Corte insinuó que no cabía descartar su competencia originaria ("Soldán", *Fallos*, 304:1956, con referencia a funcionarios del Banco Interamericano de Desarrollo).

Como los Estados extranjeros, sus agentes diplomáticos gozan de inmunidad de jurisdicción y en los términos ya señalados (art.

31, Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; art. 24, inc. 1°, decr. ley 1285/58), por lo que cabe requerir la conformidad del Estado representado para litigar contra aquéllos ("Druck Bastide de Vélez Arce", *Fallos*, 310:470, y "Sardelli", *Fallos*, 311:327). La denegación puede ser expresa o tácita ("Chen", *Fallos*, 311: 2239), por ejemplo, a raíz del tiempo transcurrido sin concederla ("Contreras Sistero", *Fallos*, 310:2803, y "Ndikovedi", *Fallos*, 307:1280).

6) *Jefes de Estado.* No son mencionados por la Constitución ni por el decr. ley 1285/58. Sin embargo, en "Beccar Varela", la Corte Suprema equiparó a la esposa del rey de España con un embajador, a los fines de la competencia originaria y exclusiva de la Corte ("Coronel", *Fallos*, 301:312), salvo que esté en visita privada (doctrina de "Bernhardt", *Fallos*, 328:422). La omisión de los jefes de Estado y sus cónyuges en los arts. 116 y 117 de la Const. nacional se puede reputar una verdadera laguna constitucional, cubierta adecuadamente por la Corte.

7) *Cónsules y vicecónsules.* Con relación a los cónsules extranjeros, la jurisprudencia clásica de la Corte Suprema puntualiza que es competencia originaria de ella todo proceso que verse sobre los privilegios y exenciones de los cónsules en su carácter público (art. 24, inc. 1°, decr. ley 1285/58) debiendo entenderse por tal, el juicio incoado por hechos o actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones propias, siempre que en él se cuestione su responsabilidad civil o penal ("Montiel", *Fallos*, 311:2176). En los asuntos civiles y criminales ajenos a sus tareas consulares, de índole particular, entiende la justicia federal de primera instancia (art. 55, ley 13.998; "Raimond", *Fallos*, 19:187; "Banco Argentino", *Fallos*, 20:187, y "Solveyra", *Fallos*, 137:23).

Los asuntos concernientes a agentes consulares y a vicecónsules no son de competencia originaria de la Corte Suprema ("Maquieira", *Fallos*, 217:693), igual que las relativas a cónsules honorarios ("Farrer Silvester", *Fallos*, 280:346, y "Cónsul honorario de Francia", *Fallos*, 327:843).

Pero no es además competente la justicia federal si se trata de un presunto delito cometido por un cónsul honorario, por medio de la prensa ("Cardile", *Fallos*, 179:423), atento a la excepción del art. 32 de la Const. nacional.

8) *Causas en que es parte una provincia. Directrices generales.* Los arts. 116 y 117 de la Const. nacional refieren a las distintas situaciones en que una causa donde interviene una provincia puede arribar a la justicia federal y, en particular, a la Corte Suprema de modo originario.

No obstante, conviene advertir que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha recortado esas reglas constitucionales. Por ejemplo, exige que para habilitar esa competencia es necesario que la provincia sea parte en un pleito, en sentido *nominal* y *sustancial* ("Vittar", *Fallos*, 312:1227), y que ello surja de la realidad jurídica y no de la mera voluntad de las partes ("Córdoba", *Fallos*, 328:494).

Pueden presentarse aquí varias alternativas: *a*) provincia con Nación; *b*) provincia con provincia; *c*) provincia con un ciudadano o Estado extranjero; *d*) provincia con vecino de otra provincia, y *e*) provincia con un vecino de la misma provincia.

Cabe atender aquí distintas soluciones brindadas por el derecho judicial.

a) *Derecho federal en juego.* Si en un pleito se debaten temas de derecho federal (competencia por la *materia*), es competente de modo originario y exclusivo la Corte Suprema, si es parte una provincia, cualquiera que sea la vecindad o nacionalidad de la contraria; es decir, incluso cuando la provincia litiga contra un vecino suyo. Para ello, es necesario que el derecho federal discutido lo sea de modo *directo* o *fundamental* ("Castro", *Fallos*, 311:2154, y "Neuquén TV", *Fallos*, 311:2725), esto es, que el proceso tenga un manifiesto o *inequívoco* carácter federal, en lo esencial ("Telecor", *Fallos*, 311:1812). Se involucran en estos asuntos pleitos donde se plantea la incompatibilidad entre un impuesto local y la Constitución nacional ("American Express", *Fallos*, 311:2104; "Transportadora de Gas", *Fallos*, 327:1083, y "Shell", *Fallos*, 327:1034).

Si en una demanda se plantean además de cuestiones federales, temas no federales (p.ej., de derecho local) esto excluye la jurisdicción originaria de la Corte ("Mariategui", *Fallos*, 315:1355).

Quedan excluidos, pues, los pleitos donde básicamente se debatan temas de derecho público local ("Prov. de Santa Cruz", *Fallos*, 326:4580).

b) Provincia con Nación, o viceversa. Si el Estado nacional litiga con una provincia, la causa es de competencia originaria de la Corte ("Guillén", *Fallos*, 311:940, y "Neuquén TV", *Fallos*, 311:2725). Lo mismo ocurre si el pleito es entre una entidad autárquica de la Nación y una provincia; por ejemplo, "Agua y Energía Eléctrica, Sociedad del Estado, c/Prov. de Buenos Aires" (*Fallos*, 305:1866), y "Prov. de Santa Cruz c/YPF" (*Fallos*, 307:90); o entre una provincia y una sociedad anónima cuya mayor parte de capital es del Estado nacional ("Prov. del Chaco", *Fallos*, 312:1050).

La tendencia restrictiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto su competencia originaria, se ha acentuado, por ejemplo, en el caso "Mendoza" (vulgarmente conocido como "del Riachuelo", *LL*, 2006-D-88, y *JA*, 2006-III-294), donde destacó que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no debía asimilarse a una "provincia" a los fines del art. 117 de la Const. nacional, continuando así las directrices sentadas en "Cingunegui" (*Fallos*, 322:2856).

c) Provincia con provincia. Es también de competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema ("Biancheri", *Fallos*, 250:217; "Piria", *Fallos*, 249:165, y "Fipata", *Fallos*, 307:500).

d) Provincia con un vecino de otra, o con ciudadano o Estado extranjero. Por interpretación jurisprudencial se ha limitado esta competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema, y de la justicia federal también, a las causas donde se discutan temas federales y a las *civiles*, que son las derivadas del derecho *común* (ver § 757; "Sol Bingo", *Fallos*, 311:1588 y 1597), para lo cual hay que atender no sólo a los términos formales de la demanda, sino a la efectiva naturaleza del litigio ("Diarios y Noticias SA", *Fallos*, 311:1791), y siempre que hubiere distinta vecindad ("Prov. de Santa Cruz", *Fallos*, 326:4580, y "Fisco de la Prov. de Buenos Aires", *Fallos*, 327:272).

La Corte Suprema restrigió su competencia originaria en las causas "civiles" ya mencionadas, a las que revisten exclusivamente tal condición: si es necesario para decidir la litis aplicar normas locales o actos administrativos, legislativos o judiciales provinciales, se reputó incompetente ("B., A. D. c/Prov. de Buenos Aires", *JA*, 2006-II-92; ver, también, "Forés", *Fallos*, 327:3005).

Si una provincia es demandada por varios actores, todos ellos deben tener distinta vecindad para que el pleito sea competencia originaria de la Corte ("Arrúa", *Fallos*, 328:2776).

e) *Provincia con un vecino de la misma provincia.* La reforma de 1860 eliminó la competencia federal en estas causas ("Macfarquhar", *Fallos*, 143:14, y "Cóceres", *Fallos*, 328:785), salvo que se trate de un pleito donde sustancialmente se debaten normas de derecho federal, según lo vimos precedentemente (*demanda contra una provincia y la Nación*: es competencia originaria de la Corte –"González", *Fallos*, 328:1257–).

2) Competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

§ 747. ***Tipos.*** – En definitiva, el art. 117 de la Const. nacional diseña dos tipos de competencia para la Corte: una, por *apelación*, "según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso"; y otra, *originaria* y *exclusiva*. Respecto de esta última, la Corte Suprema ha dicho, según vimos, que "no es susceptible de ampliarse, restringirse ni modificarse mediante normas legales" ("Acuña", *Fallos*, 312:1875, y "Banco Río", *Fallos*, 327:3056), pero, según el derecho consuetudinario, ha sufrido mutaciones restrictivas (por *sustracción*) o ampliatorias (por *adición*).

a) *Competencia originaria.* Esta competencia tiene dos fuentes que analizaremos separadamente.

1) *Texto constitucional.* Según el art. 117 de la Const. nacional, corresponde –por razón de las personas– a las causas concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en las que alguna provincia fuese parte. Nos remitimos al respecto al § 746.

2) *Derecho subconstitucional.* El derecho subconstitucional ha añadido otras fuentes de competencia originaria de la Corte Suprema. Algunas son consecuencia obligada de su propia actuación procesal.

a) Cuestiones de competencia. Se refiere a las suscitadas entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior

jerárquico común que deba resolverlo; según el art. 24, inc. 7°, del decr. ley 1285/58 o ley orgánica del Poder Judicial de la Nación. Esta norma, a pesar del vacío constitucional, es producto de una necesidad evidente de resolver esas controversias.

b) Conflictos de poderes. Esta tarea de la Corte, que hace a la llamada jurisdicción constitucional orgánica (Fix Zamudio, Cappelletti), es también producto de una laguna constitucional, cubierta por la jurisprudencia de la Corte Suprema (nos remitimos al § 638).

c) Privación de justicia. El art. 24, inc. 7°, del decr. ley 1285/58 habilitó en su parte final la actuación de la Corte Suprema a fin de designar al juez competente en los casos en que "su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia". Según la Corte, la privación de justicia se presenta no sólo cuando el afectado se encuentra ante la imposibilidad de recurrir a un tribunal competente o cuando la decisión judicial se aplaza en forma irrazonable o indefinida, sino también cuando no se dan las condiciones para que los jueces ejerzan su imperio jurisdiccional de manera eficaz y concreta ("Recchia de Schedan", *Fallos*, 305:504).

d) Ejercicio de poderes implícitos. Como proyección de la doctrina sentada en el párrafo anterior, la Corte ha argumentado tener *poderes implícitos*, "para salvaguardar el libre ejercicio y la eficiencia de la función específica que a los jueces atribuyen los arts. 67, inc. 11, y 100 de la Const. nacional" (actuales arts. 75, inc. 12, y 116), ordenando, por ejemplo, ella misma el traslado dispuesto por un juez de un detenido, ante la desobediencia inicial de la autoridad militar ("Berrueta", *JA*, 1979-II-40).

En estos supuestos, la decisión de la Corte Suprema puede provocarse de modo originario; por ejemplo, por nota del juez en cuestión, o de la parte afectada.

e) Recurso de aclaratoria contra sus propias decisiones. Está permitido por el art. 24, inc. 3°, del decr. ley 1285/58.

f) Recurso de reposición y nulidad. Se encuentran excepcionalmente habilitados por la Corte, por ejemplo, para atacar la declaración de caducidad de instancia dispuesta de oficio por la propia Corte Suprema ("Chevron", *Fallos*, 307:560) o para corregir

errores materiales ("Varesak", *Fallos*, 305:1162), o evidentes de hecho ("Acelco", *Fallos*, 312:743). La reposición ha sido también instrumentada para corregir las providencias del presidente de la Corte dictadas durante la tramitación de la causa ("Corral", *Fallos*, 258:161, y "Mastrapascua de Bissacea", *Fallos*, 268:151).

g) Recurso de reconsideración. Lo trata el art. 19 del decr. ley 1285/58, para revisar las sanciones disciplinarias aplicadas por la propia Corte Suprema.

h) Justicia pronta. Alguna vez, la Corte Suprema ha decidido intervenir aunque la presentación de una parte –dijo– no importe acción o recurso alguno que habilite su competencia originaria o por apelación, ni signifique una hipótesis de privación de justicia. En concreto, lo hizo para salvaguardar el derecho de defensa en juicio en su variante de justicia pronta (ver § 1125), dado que todo procesado tiene derecho a obtener un pronunciamiento que defina su posición ante la ley y la sociedad, en término breve, y que concluya con la incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal ("Arrastia", *Fallos*, 326:4650).

b) *Competencia por apelación.* La regulación de esta competencia es discrecional por parte del Congreso. Éste puede reglar los medios impugnativos contra las sentencias de los tribunales federales inferiores a la Corte Suprema, o de los fallos últimos dictados por las provincias, recurribles ante la justicia nacional cuando aparezcan las causales del art. 116 de la Const. nacional.

La doctrina distingue la competencia por apelación *extraordinaria* de la *ordinaria*, de la Corte Suprema.

1) *Apelación extraordinaria.* Está regulada principalmente por el art. 14 de la ley 48, relativo al "recurso extraordinario" federal. Sobre el tema nos remitimos al § 327 y siguientes. La Corte conoce igualmente en el recurso "directo" o "de hecho" por apelación extraordinaria denegada (art. 24, inc. 4°, decr. ley 1285/58).

2) *Apelación ordinaria.* La contempla el art. 24, inc. 6°, del decr. ley 1285/58, que disciplina la apelación ordinaria contra las sentencias definitivas de las cámaras nacionales de apelaciones, en los casos en que la Nación sea parte, y lo debatido supere determinado monto, que actualiza la Corte según la ley 21.708; extradición de criminales reclamados por países extranjeros; causas a que

dieren lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra, sobre salvamento militar y sobre nacionalidad del buque, legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles.

La ley 24.463, llamada –supuestamente– de *solidaridad previsional*, programó también un recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema, de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de Seguridad Social (art. 19).

En "Itzcovich", la Corte Suprema reputó tema justiciable la discusión sobre la constitucionalidad de tal precepto, y lo consideró contrario a la ley suprema por su irrazonabilidad, dado que instauró un trámite engorroso y dilatorio de créditos previsionales que, en cambio, debían ser de más rápida sustanciación (por la edad de los reclamantes y por su carácter alimentario) ("Itzcovich, Mabel c/Administración Nacional de la Seguridad Social", *LL*, 2005-F-362).

3) *Recurso de revisión.* Contemplado ahora por el art. 479 del Cód. Proc. Penal de la Nación (ley 23.984) y también por el art. 24, inc. 3°, del decr. ley 1285/58, ataca sentencias firmes de índole penal, en casos muy particulares. Por ejemplo, si la sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada como consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito; si después del fallo de condena se comprobare que el hecho delictuoso no existió, etcétera.

3) Competencias jurisdiccionales ajenas al Poder Judicial

§ 748. ***Competencias judiciales de los poderes Ejecutivo, Legislativo y constituyente.*** – No obstante la enfática prohibición del art. 109 de la Const. nacional, que "en ningún caso" permite al presidente ejercer funciones judiciales, el derecho constitucional consuetudinario ha admitido la existencia de tribunales administrativos, bien que con ciertos recaudos (§ 594).

Por lo demás, el Congreso cumple roles jurisdiccionales en el juicio político (§ 626).

a) *Indultos y conmutaciones. Naturaleza.* El art. 99, inc. 5, de la Const. nacional, entre las competencias del presidente, prescribe: "Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la

jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados".

Se discute la naturaleza del indulto –que elimina el total de una sanción penal, o de la conmutación, que la reduce–. ¿Es una facultad de índole jurisdiccional, o una atribución de "prerrogativa inherente a la alta política del Estado"? (CSJN, "Riveros", *DJ*, 1991-1-567, voto de Oyhanarte y Petracchi). La respuesta a esta pregunta depende de los objetivos del indulto y de la conmutación, que no son solamente el *perdón* (según la doctrina tradicional), sino también la *paz social* (Ramella), la *equidad* (a fin de moderar el rigor de las leyes, según Joaquín V. González), la *justicia* (cuando un proceso ha desembocado en un solución ilegítima) y hasta el *premio* (cuando el condenado ha prestado servicios destacables a una comunidad, y por ello es mejor tratado mediante el indulto, según Escriche).

b) *Requisitos constitucionales.* El art. 99, inc. 5, de la Const. nacional demanda la presencia de estos recaudos.

1) Que sean delitos sujetos a la jurisdicción federal.

2) Que medie informe previo del tribunal correspondiente. El objetivo de este precepto –ha dicho la Corte– es que la prerrogativa presidencial sea ejercida con prudencia y justicia, y que el indulto no sea obtenido con engaño ("Criminal c/Ibáñez y Sengiale", *Fallos*, 136:244 y 257). El informe aludido no obliga al presidente, quien se puede apartar de él.

3) Que no sean delitos derivados de acusación de la Cámara de Diputados, esto es, de los emergentes del juicio político (art. 53 y ss., Const. nacional; ver § 626). Según Joaquín V. González, la prohibición constitucional tiene por fin impedir que el presidente favorezca a sus amigos o protegidos, haciendo ilusorios los propósitos del juicio político.

Para la Corte Suprema, en principio, no existen delitos no indultables o no conmutables ("Irigoyen", *Fallos*, 165:199, consid. 5°) –salvo los señalados–. Pero el derecho transnacional e internacional puede establecer categorías de delitos no perdonables (ver § 740).

c) *Indulto para no condenados.* En diversas oportunidades el Poder Ejecutivo (presidencias de Yrigoyen, José F. Uriburu y Perón) indultó a sujetos procesados, pero no condenados.

La doctrina negatoria sostiene que ello es inconstitucional; en primer lugar, porque el art. 99, inc. 5, habla de "las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal", por tanto, si aún no hay pena resultará imposible entonces indultar o conmutar.

La Corte Suprema ha resuelto este problema de modo distinto, admitiendo ("Ibáñez y Sengiale", *Fallos*, 136:244) o prohibiendo ("Irigoyen", *Fallos*, 165:199) los indultos anticipados. El texto constitucional no es claro en el punto.

Cabe destacar que, por último, en "Aquino" (*JA*, 1993-I-45), la Corte Suprema ha reputado constitucional el indulto a procesados.

d) *Control judicial de los indultos.* La doctrina tradicional es renuente a revisar la constitucionalidad de los indultos, calificando a éstos como cuestión política no justiciable ("Lange", *Fallos*, 237:271, y CNCrimCorr, Sala IV, "Díaz", *LL*, 1991-E-301).

Sin embargo, pueden existir dos categorías de indultos inconstitucionales.

1) *Los nulos por violación de trámite constitucional.* Por ejemplo, si el decreto del caso no tiene firma de ministro, o si se dispusieron sin previo informe judicial requerido por el art. 99, inc. 5, de la Const. nacional, o si refieren a un delito tramitado en sede provincial.

2) *Los espurios por irrazonabilidad.* Es el caso, por ejemplo, de que resulten palmariamente arbitrarios, productos de un innegable favoritismo, o concedidos con respecto a delitos inindultables, según el derecho internacional, también si hubiere un error de persona o de causa, etcétera.

3) *Los prohibidos por el derecho internacional.* Sobre el particular, ver § 740.

e) *Efectos.* A diferencia de la amnistía, que borra la criminalidad del hecho, el indulto elimina, y la conmutación reduce, el castigo penal, "pero no lo exime –al beneficiado– de su responsabilidad respecto de la parte ofendida o agraviada, ni priva a ésta de sus derechos y acciones particulares y propias" (Joaquín V. González). Las acciones indemnizatorias de las víctimas contra el indultado quedan, pues, subsistentes.

F) Competencias en materia presupuestaria, tributaria, económica y comercial

1) El presupuesto

§ 749. ***Disposiciones constitucionales.*** – Para la operatividad del Gobierno nacional, la temática presupuestaria, comercial y financiera importa un asunto de vital importancia, ya que refiere –entre otros temas– a los recursos económicos indispensables para su actuación: "no hay gobierno sin rentas", escribe Hamilton en *El Federalista*.

La Constitución deja en manos del Gobierno federal el poder de presupuestar sus gastos, inversiones y recursos. El art. 75, inc. 8, establece que corresponde al Congreso: "Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión". A su vez, el art. 100, referido a las competencias del jefe de Gabinete de Ministros, dice que le toca enviar al Congreso el proyecto de presupuesto nacional, "previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo" (inc. 6). También le corresponde "hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de Presupuesto nacional" (inc. 7). Finalmente el presidente de la Nación "supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de Gabinete de Ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales" (art. 99, inc. 10).

En el derecho consuetudinario argentino, el presupuesto se aprueba por *ley* (comúnmente es llamado *ley de leyes*), no obstante que el citado art. 99, inc. 10, parece diferenciarlo de una ley, ya que habla de la inversión de las rentas "con arreglo a la ley o presupuestos de gastos nacionales".

§ 750. ***Iniciativa. Cámara de origen.*** – La reforma de 1994 dispuso en el nuevo art. 100, inc. 6, que es el jefe de Gabinete de Ministros quien debe enviar al Congreso el proyecto de presupues-

to, considerado en acuerdo (general) de gabinete, y aprobado por el presidente. La ley 24.156 estableció que el presupuesto será presentado como proyecto de ley por el Poder Ejecutivo antes del 15 de septiembre de cada año (art. 26).

§ 751. ***Reglas constitucionales de contenido.*** – Con relación a esto, la ley de presupuesto debe satisfacer ahora ciertos recaudos: las directrices sentadas por el art. 75, inc. 2, párr. 3° (al que remite el mismo art. 75, inc. 8). Ellas refieren a criterios objetivos de reparto, equidad, solidaridad, grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

La evaluación de esas pautas corre a cargo del presidente y del Congreso. Es probable que si se discutiesen, la judicatura reputaría el tema como cuestión política no justiciable.

Con estas pautas de contenido, el constituyente quiso acentuar el papel del presupuesto como instrumento de gobierno y herramienta de planificación económica (miembro coinformante del despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 3177, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5371).

Conviene advertir que el presupuesto nacional se encuentra desfigurado con el sistema llamado de "reestructuraciones" (o "redireccionamiento de partidas"), que, conforme a la ley 26.124, permite al jefe de de Gabinete, de modo permanente, derivar fondos de un sector a otro del presupuesto originalmente aprobado por el Congreso, siempre que no se afectare su monto total o el de su endeudamiento. La misma ley impide aumentar las partidas relativas a gastos reservados y de inteligencia, salvo que lo disponga el Congreso.

§ 752. ***Ejercicio financiero. Anualidad del presupuesto.*** El ejercicio financiero coincide con el año calendario (art. 10, ley 24.156). Las disposiciones de la ley de presupuesto rigen para cada ejercicio, y no deben incluir prescripciones de carácter permanente, ni reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos (art. 20).

Hay que señalar que, si una ley de presupuesto incluyera normas con vigencia superior a la anual, estaría derogando tácitamente el art. 20 de la ley 24.156. Surge, además, la duda de su constitucionalidad, porque el art. 75, inc. 8, habla de "fijar *anualmente* el presupuesto". Formalmente, pues, esas normas "supraanuales" son opuestas a la Constitución nacional.

§ 753. ***Globalidad.*** – Según el art. 19 de la ley 24.156, el presupuesto comprende los *recursos* y *gastos* de la Administración central y de la descentralizada (ver § 566). No se puede atender con un ingreso concreto un gasto específico, salvo ciertas operaciones de crédito público o los recursos provenientes de donaciones, herencias y legados, o lo dispuesto por leyes especiales (art. 23, ley 24.156).

§ 754. ***Equilibrio.*** – El art. 29 de la ley 24.156 advierte que los créditos del presupuesto de gastos constituyen el límite máximo de las autorizaciones disponibles para gastar, y que toda ley que autorice erogaciones no previstas en el Presupuesto general, deberá especificar las fuentes de los recursos para financiarlas (art. 38, ley 24.156).

§ 755. ***Ejecución. Cierre de cuentas.*** – Aprobada la ley de presupuesto, el Poder Ejecutivo decretará la distribución administrativa del presupuesto de gastos (art. 29, ley 24.156). No es lícito disponer de los créditos para una finalidad distinta de la prevista (art. 33, ley 24.156), aunque puede disponer autorizaciones para gastar, no incluidas en el presupuesto general, a fin de atender el socorro inmediato en casos de epidemias, inundaciones, terremotos u otros de fuerza mayor, que se comunicarán al Congreso (art. 39, ley 24.156).

§ 756. ***Cuenta de inversión.*** – El art. 75, inc. 8, de la Const. nacional encomienda al Congreso "aprobar o desechar la cuenta de inversión".

La ley 24.156 determina que el Poder Ejecutivo deberá presentar esa cuenta anualmente al Congreso nacional, antes del 30 de junio del año siguiente al que ella corresponda.

Cabe recordar, también, que en nuestra experiencia institucional el Congreso no ha atendido debidamente su misión de exa-

minar la cuenta de inversión, en particular por las demoras en hacerlo.

2) Competencias tributarias y financieras nacionales

§ 757. ***Derecho constitucional tributario.*** – El art. 4° de la Const. nacional indica al respecto: "El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional".

El art. 9° de la Const. nacional especifica: "En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso". El art. 10 establece: "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 clases, despachadas en las aduanas exteriores".

El art. 11 prescribe: "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 art. 12 dice a su vez: "Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito, sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio".

El art. 16 *in fine* señala: "La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas"; y el art. 17 indica: "Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4°".

Entre las atribuciones del Congreso, el art. 75, inc. 1, le impone legislar en materia aduanera y establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las avaluaciones sobre que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.

Esta variedad de preceptos configura un verdadero *derecho constitucional tributario*, que desarrollaremos a continuación.

§ 758. ***Finalidad del poder impositivo.*** – El propósito del régimen de contribuciones programado por la Constitución nacional es, desde luego, proveer de recursos al Estado, pero opera también como un instrumento de regulación de la vida económica, que, como dijo la Corte Suprema, "a veces linda con el poder de policía y sirve a la política económica del Estado, en la medida que corresponde a las exigencias del bienestar general, cuya satisfacción ha sido prevista en la Constitución nacional como uno de los objetos del poder impositivo" ("Montarce", *Fallos*, 289:443). En otros pronunciamientos, la Corte ha destacado como objetivo del impuesto, además de lo puntualizado, impulsar el desarrollo pleno y justo de las fuerzas productivas ("Norwick", *Fallos*, 307: 360, y "Cerro Castillo", *Fallos*, 310:2443).

§ 759. ***Principio de legalidad.*** – El art. 17 de la Const. nacional reserva al Congreso la creación de los tributos enunciados en el art. 4°; y es el art. 75, referido a las atribuciones de ese poder, el que disciplina las normas complementarias del mencionado art. 4°.

Esto importa, para la Corte, sostener el principio de "legalidad" o de "reserva de la ley" (*nullum tributum sine lege*), del que se desprende que los gravámenes y excepciones deben ser establecidos por *ley formal*, y claramente definidos por las normas del caso ("Ventura", *Fallos*, 294:152, y "Fleischmann", *Fallos*, 312:912).

Del principio de legalidad se desprende también que no cabe exigir impuestos ni otras obligaciones tributarias por analogía ("Fleischmann", *Fallos*, 312:912).

La reforma constitucional de 1994 determinó expresamente que el presidente no puede emitir decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria (art. 99, inc. 3). Con relación a decretos pro-

nunciados en virtud de una delegación legislativa, no los prohibió, ya que admite esa delegación "en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación" (art. 76). De haber emergencia pública tendría, pues, tal delegación sustento constitucional.

§ 760. ***Principios de igualdad y generalidad.*** – Están implícitamente enunciados en el art. 4° de la Const. nacional, que habla de las "contribuciones que equitativa y proporcionalmente *a la población* imponga el Congreso general" y en el art. 75, inc. 2, cuando refiere a las contribuciones directas "en todo el territorio de la Nación". Sostiene la Corte que este postulado impide establecer tributos discriminatorios que afecten a personas o bienes de modo singular o que graven a un sector de la población en beneficio de otro ("Coria", *Fallos*, 188:403, y "Bafico", *Fallos*, 190:277).

Ello se vincula también con el derecho constitucional de igualdad, "base del impuesto y de las cargas públicas" (art. 16 *in fine*, Const. nacional).

§ 761. ***Principios de irretroactividad, razonabilidad y no confiscatoriedad.*** – Paralelamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema advierte que el tributo sólo es constitucional cuando se aplica a una manifestación de riqueza o de capacidad contributiva, pero no si se lo efectiviza retroactivamente sobre una manifestación de riqueza agotada antes de la sanción de la ley del caso ("de Herrera Vegas", *Fallos*, 312:2467, donde se trataba precisamente de un gravamen establecido por la ley 22.604, sobre activos financieros preexistentes a esa norma).

Por lo demás, un impuesto exagerado que exceda la capacidad contributiva del contribuyente tiende a perfilarse como una confiscación, prohibida por el art. 17 *in fine* de la Const. nacional ("Esso", *Fallos*, 271:7, consid. 10, y "de Herrera Vegas", *Fallos*, 312:2467, consid. 7°). Averiguar cuándo un impuesto es confiscatorio o no, es una cuestión de hecho, de prueba concreta y circunstanciada por quien alega ese vicio ("de Herrera Vegas", *Fallos*, 312:2467, voto del juez Fayt, consid. 8°). Aunque como pauta general, la Corte ha reputado inconstitucional al tributo que excede el 33% de la base imponible ("Montarce", *Fallos*, 289:443).

Ver, no obstante, lo indicado en el § 765, sobre los impuestos aduaneros.

§ 762. ***Interpretación de las leyes fiscales.*** – Ha dicho la Corte que es vital, en esta materia, atender al *propósito* o *fin* de la ley, según una "razonable y discreta interpretación", aun en materia de exenciones, aunque éstas, en principio, sean aplicadas estrictamente ("Astilleros Regnicoli", *Fallos*, 296:253), ya que tales exenciones deben surgir del texto de la ley, de la indudable intención del legislador "o de la necesaria implicación de las normas que las establezcan" ("Peñaflor", *DJ*, 1997-1-216). En particular, la exégesis tiene que seguir criterios propios del realismo económico ("The Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd.", *Fallos*, 287:408).

§ 763. ***Programación tributaria constitucional.*** – El diseño actual, con relación a las competencias tributarias de la Nación y de las provincias, es el siguiente:

a) Contribuciones *exclusivas* de la Nación: los derechos de importación y exportación (arts. 4°, 75, inc. 1, y 126).

b) Contribuciones *concurrentes* entre la Nación y las provincias: los impuestos indirectos (art. 75, inc. 2). También los directos, pero para la Nación transitoriamente y bajo ciertas condiciones.

c) Contribuciones *normalmente propias* de las provincias: los impuestos de tipo directo (arg. art. 121).

d) Contribuciones *prohibidas para las provincias*: los derechos de importación y exportación (arts. 4°, 75, inc. 1, y 126); los derechos de tonelaje (art. 126).

e) Contribuciones *prohibidas para la Nación y las provincias*: los "derechos de tránsito" (art. 11) para el interior de la República; los derechos de tránsito para buques (art. 12).

La Constitución no se refiere a las *tasas* ni a las *contribuciones de mejoras*, de modo explícito, aunque las palabras "derechos" y "contribuciones" empleadas, por ejemplo, en el art. 4°, puedan captarlas.

§ 764. ***Impuestos directos e indirectos.*** – Estos conceptos son significativos para el derecho constitucional argentino, ya que el art. 75, inc. 2, de la Const. nacional alude a las "contribuciones

directas" como recursos que sólo bajo ciertas condiciones puede imponer el Gobierno federal (ver § 767).

La doctrina tradicional expone que el impuesto *directo* grava una manifestación *inmediata* de riqueza (el impuesto inmobiliario, los bienes inmuebles; el impuesto a los réditos o ganancias, los sueldos, intereses, honorarios, alquileres, etc.), en tanto que el *indirecto* afecta una manifestación *mediata* de riqueza (los gravámenes al consumo, p.ej., de los alimentos, cigarrillos). Generalmente se considera que el impuesto indirecto es trasladable, ya que quien lo debe pagar puede "recuperarlo" (p.ej., del comprador del bien consumido).

Esta distinción no es hoy pacíficamente aceptada, ya que, como apunta Spisso, el impuesto a los réditos de las empresas o a los capitales (de tipo *directo*), bien puede trasladarse también de hecho al costo de los productos que aquéllas elaboran.

§ 765. ***Derechos de importación y de exportación.*** – Son los referidos en primer término por el art. 4° de la Const. nacional, como fuente propia del Gobierno federal. La Corte Suprema ha apuntado que son los únicos otorgados con *exclusividad* a la Federación; y que ello importa una concesión de carácter limitado y estricto ("Marwick", *Fallos*, 307:360, y "Agencia Marítima San Blas", *Fallos*, 307:374). El propósito de esta norma fue, además de nutrir de recursos a la Nación, impedir que las provincias pudiesen crear barreras aduaneras que dificultasen la integración del país y la circulación de bienes dentro de él (Alberdi).

Interesa apuntar que el monto de los impuestos que gravan la importación de mercaderías no está sujeto a tope alguno, y esto ocurre –puntualiza la Corte Suprema– "cuando el Estado, por razones que hacen a la promoción de los intereses económicos (es decir, de la producción nacional) de la comunidad y de su bienestar, instituye, con finalidades acaso disuasivas, gravámenes representativos de uno o más veces el valor de la mercadería objeto de la importación" ("Montarce", *Fallos*, 289:443). Las tarifas aduaneras, en resumen, están al servicio de la política proteccionista o librecambista que impulse el Gobierno federal.

§ 766. ***Características constitucionales de los impuestos aduaneros.*** – Según las reglas de la Constitución, mencionadas en

el § 757, debe imperar una *doble uniformidad*: las tarifas aduaneras deben ser iguales en toda la República, sin zonas privilegiadas y, además, la cotización de un mismo producto importado o exportado también tiene que ser idéntica en todo el territorio nacional. Así, por ejemplo, un automotor de determinada marca y modelo pagará el mismo impuesto por importación, ingrese por la aduana de Buenos Aires o por la de Puerto Iguazú; y el avalúo del vehículo, a esos fines, también deberá ser igual.

Estas cláusulas tuvieron su origen en la "guerra aduanera" desatada entre la Confederación Argentina y el Estado de Buenos Aires (1853-1859), y fueron establecidas en la reforma constitucional de 1860.

Ya desde fines del siglo pasado, tales normas fueron cuestionadas, al no posibilitar la programación de zonas francas o de desarrollo económico, donde rigiesen impuestos aduaneros más leves.

A su turno, la ley 24.431 reguló un régimen de zonas francas, donde existen actividades de almacenaje, comerciales, de servicios e industriales (en este caso, con destino a la exportación –art. 6°–, aunque puede haber excepciones).

La Corte Suprema, por último, ha sostenido también que cabe admitir un tratamiento tributario diferencial por razones geográficas, tendiente al fomento de determinada región, siempre que se eviten tributos discriminatorios, que se establezca una desgravación que perjudique a una provincia o que se impongan gravámenes igualmente en perjuicio de unas sobre otras ("Argentini", *Fallos*, 324:187).

§ 767. ***Contribuciones directas.*** – Son las previstas en favor del Gobierno federal por el art. 75, inc. 2, de la Const. nacional, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en toda la Nación, y "siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan".

La reforma constitucional de 1994, con relación a los impuestos nacionales directos, mantuvo formalmente las exigencias del texto de 1853-1860 (que fuesen proporcionalmente iguales en todo el país; que resultasen una exigencia de la defensa, seguridad común y bien general del Estado), y añadió el requisito de, como regla, que fuesen coparticipables con las provincias. Pero en la Convención, el miembro informante del despacho mayoritario,

Marín, no insistió en su excepcionalidad. Dijo que el nuevo texto "ha acogido la posibilidad de *concurrencia* (de la Nación y las provincias) en los impuestos indirectos y en los directos bajo ciertas condiciones" ("Diario de Sesiones", p. 3174, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5369).

En resumen, los impuestos nacionales directos tienden a ser concurrentes y condicionados a ciertos requisitos, mas no anormales, extraordinarios o extraños.

§ 768. ***Régimen de coparticipación Nación-provincias. Tributos involucrados.*** – La reforma de 1994 dio rango constitucional a una serie de dispositivos en materia de conexiones tributarias entre las provincias y la Nación. El más significativo, sin duda, fue el sistema de *coparticipación*, que ya había comenzado en la experiencia jurídica desde años atrás (p.ej., ley 20.221), pero que la Convención Constituyente intentó perfilar mejor.

El primer interrogante es acerca de qué impuestos entran en ese régimen. El miembro informante por el despacho mayoritario, Marín, puntualizó que la masa coparticipable se integra con "la totalidad de los impuestos directos e indirectos que recauda la Nación" ("Diario de Sesiones", p. 3175, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5370). Sin embargo, el art. 75, inc. 2, solamente incluye a los impuestos nacionales indirectos y a los directos del referido inc. 2, pero no a los impuestos aduaneros del inc. 1 del mismo artículo.

Tampoco componen la masa coparticipable los recursos tributarios que tengan "asignación específica" (convencional Marín, "Diario de Sesiones", p. 3174, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5369), vale decir, los del art. 75, inc. 3, de la Const. nacional. Estos tributos atienden a situaciones especiales de la provincia o de la Nación, en aras de flexibilizar soluciones para casos particulares. El aludido inciso exige, para adoptar tales *asignaciones específicas*, dos recaudos: que tengan tiempo determinado, y que se aprueben por una ley especial, sancionada por la mayoría absoluta de los miembros de cada cámara. Se supone que así se evitarán soluciones desacertadas (miembro informante Marín, "Diario de Sesiones", p. 3815, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5742).

§ 769. ***Instrumento jurídico: la ley convenio.*** – La vía de implementación de la coparticipación es una ley convenio, que debe cubrir recaudos distintos. La misma, conviene aclararlo, todavía no se ha dictado.

a) *Exigencias formales.* Según el nuevo inc. 2 del art. 75, esta ley tiene como base "acuerdos entre la Nación y las provincias". En la Convención Constituyente se interrogó acerca de cuántas provincias debían aceptar la ley, y la contestación del miembro informante del despacho mayoritario fue que no requería una mayoría especial; que debía ser conformada por "cada una de las provincias". Con respecto a qué pasaba si una de ellas no adhería a la ley convenio, no hubo una respuesta clara. El mentado miembro informante dijo que "pensamos que continúa percibiendo la coparticipación que tenía" ("Diario de Sesiones", p. 3800 y 3801, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5734 y 5735), pero tal tesis no es convincente, puesto que no hay razones de peso que autoricen a prorrogar un sistema pactado por un plazo, una vez vencido éste.

Formalmente, la ley convenio debe tener como cámara de origen al Senado, dado el peso político que en él tienen las provincias. Tiene que ser sancionada con los dos tercios de votos de la totalidad de los integrantes de cada sala del Congreso. No podrá ser modificada unilateralmente por la Nación, ni reglamentada por el Poder Ejecutivo, precisamente por su condición de convenio (contrato) entre la Nación y las provincias. Según el referido miembro informante –convencional Marín– no era reglamentable porque su sanción terminaba con la aprobación legislativa ("Diario de Sesiones", p. 3800, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5734). La fundamentación de tal tesis no es correcta, puesto que la ley en cuestión puede, también, eventualmente ser vetada (vale decir que no concluye necesariamente su trámite con la sanción del Congreso).

Curiosamente, la ley convenio "será aprobada por las provincias", según el art. 75, inc. 2, párr. 4°, pero no menciona a la Ciudad de Buenos Aires. Como ésta cuenta con facultades legislativas (art. 129) y, por ende, podrá establecer impuestos, cabe entender que al respecto hay un vacío constitucional que debe cubrirse incluyendo la aprobación de la referida ciudad en la ley con-

venio, máxime cuando ella es parte en la distribución de los fondos coparticipables, a tenor del mismo art. 75, inc. 2, párr. 3°.

b) *Exigencias de contenido.* El art. 75, inc. 2, de la Const. nacional prescribe algunas directivas en cuanto a las disposiciones de fondo de la ley convenio.

Ella debe garantizar la automaticidad en la remisión de los fondos coparticipables (párr. 2°). Su distribución "se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas [la Nación y las provincias] 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" (párr. 3°).

Estas pautas, muy genéricas y abstractas, pueden tener centenares de modos de concreción. Idealmente son indiscutibles, pero su efectivización dependerá de la voluntad que tengan los operadores de la Constitución en realizarlas, y, de modo especial, de la voluntad de las provincias en aceptar o no la ley convenio.

El párr. 5° del mencionado art. 75, inc. 2, añade que no habrá transferencias de competencias, servicios o funciones "sin la respectiva reasignación de recursos", aprobada cuando correspondiere por ley del Congreso y por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires.

§ 770. ***Fiscalización de la ley convenio.*** – La última parte del inc. 2 del art. 75 programa un "organismo fiscal federal" encargado de la supervisión de la ejecución de la ley convenio, regulado por ley, la que deberá asegurar en él la representación de todas las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires.

El miembro informante del despacho mayoritario añadió que también debía integrarse con la Nación; que a dicho organismo le correspondía desde luego interpretar la ley, pero todo ello sometido al criterio final del Poder Judicial, y que prácticamente sería igual a la actual Comisión Federal de Impuestos ("Diario de Sesiones", p. 3805 a 3808, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5737 a 5739) (ver § 786).

§ 771. ***Período transitorio.*** – Una disposición complementaria de la Constitución, la sexta, previó que el régimen de coparticipación explicitado en el nuevo art. 75, inc. 2, y la reglamentación del aludido organismo fiscal, fuesen creados "antes de la finalización del año 1996". Hasta entonces, las competencias, servicios y funciones vigentes al sancionarse la reforma constitucional (en 1994), no podrían modificarse sin la voluntad de la provincia afectada, como tampoco podrían alterarse, en desmedro de las provincias, la distribución de recursos vigentes al momento de la referida sanción. Según esa disposición transitoria, lo dicho "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".

En síntesis, antes del 31 de diciembre de 1996 debía establecerse "un nuevo Pacto Fiscal" (como lo llamó el miembro informante del despacho mayoritario). Mientras tanto, y como "garantía", se mantendría el estatus jurídico vigente. La mencionada cláusula transitoria fue duramente criticada, ya que no aclara qué ocurre si al concluir 1996 no se concerta el nuevo régimen de coparticipación (como efectivamente pasó).

§ 772. ***Empréstitos. Deuda interna y externa.*** – El art. 4° de la Const. nacional, en consonancia con el art. 75, inc. 4, habilita al Gobierno federal para contraer empréstitos, instrumentos de índole más bien excepcional, según surge del informe de Gorostiaga en la Asamblea Constituyente de 1853; aunque para Alberdi resultaban necesarios para emprender una seria política de desarrollo y fomento.

El art. 4° se conecta también con el art. 75, inc. 7, que atribuye al Congreso "arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación".

Para diferentes autores (Mastrorilli, Rotman, Vanossi), esta norma se satisface con la actuación del Congreso al aprobar la ley de presupuesto, o al tratar la "cuenta de inversión" prevista por el art. 75, inc. 8 *in fine*, de la Const. nacional (ver § 756).

Por lo demás, si el pago de la deuda externa se ha instrumentado mediante un convenio o tratado internacional, la ley aprobatoria de éste importaría también la intervención del Poder Legislativo en el asunto.

§ 773. ***Ahorro forzoso.*** – Instrumentado mediante las leyes 23.256 y 23.549, el Estado nacional obligó a los particulares a proporcionarle ciertos fondos, devueltos después sin indexación y con tasas de interés que, en definitiva, resultaron escandalosamente bajas.

La doctrina admisoria juzgó que el ahorro compulsivo era constitucional, porque de acuerdo con el principio "quien puede lo más puede lo menos", si el Estado estaba facultado para establecer impuestos, nada impedía que las sumas del caso fueran requeridas sólo a título de préstamo. También se indicó que si el art. 4° de la Const. nacional autoriza al Congreso a "decretar" empréstitos, ello quiere significar que los puede imponer sin el consentimiento de los prestadores del dinero.

Ambos argumentos son inconsistentes. Es claro que, para Alberdi (*Sistema económico y rentístico*, cap. III), un empréstito es un acto voluntario y no coactivo, y ello responde también a la tradición política occidental, después de la *Petition of Rights* inglesa, de 1688, cuyo art. 9° señaló: "Nadie está obligado en lo sucesivo... a prestar dinero". El techo ideológico de la Constitución, en resumen, rechaza al empréstito obligatorio como algo anómalo e ilegítimo. Desde esta perspectiva, el principio "quien puede lo más puede lo menos" es descartable, ya que lo presuntamente "menos", es inconstitucional. Además, si lo que se quiere es recaudar, el Estado debe asumir sus responsabilidades constitucionales y políticas y definir qué tipo de impuesto o tributo establece, a fin de poder evaluarlo en su constitucionalidad, y no evadirse de tal revisión mediante el uso de una vía contributiva no aceptada por la Constitución nacional.

A pesar de lo dicho, la Corte Suprema, en "Horvath" (*DJ*, 1996-1-45), reputó constitucional a la ley 23.256, entendiendo al ahorro forzoso como un empréstito compulsivo, admisible a tenor del art. 4° de la Const. nacional, ya que en definitiva es "un impuesto total o parcialmente reintegrable", de tipo directo, encuadrable además en el actual art. 75, inc. 2, de la ley suprema.

§ 774. ***Venta y locación de tierras nacionales.*** – Esta otra fuente del Tesoro nacional fue originalmente calificada, en 1853, por Gorostiaga, como "quimérica", ya que por mucho tiempo no habría, según él, ni compradores ni locatarios.

Actualmente, las tierras "nacionales" no son tantas, dada la provincialización de los antiguos territorios nacionales. Subsisten, no obstante, importantes *parques nacionales*, y "establecimientos de utilidad nacional", según el art. 75, inc. 30, de la Const. nacional (ver § 375).

La directriz del art. 4° de la Const. nacional involucra, en definitiva, la venta o locación de cualquier bien del Estado, como, por ejemplo, sus empresas.

La determinación de la decisión de venta es propia del Congreso, que, según el art. 75, inc. 5, dispone "del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional". La medida debe tomarse según lo requiera el "bienestar general" (Preámbulo), es decir, el bien común.

§ 775. ***Rentas de Correos.*** – El art. 4° de la Const. nacional considera a la renta de Correos una de las fuentes del Tesoro nacional. Pero, ya en la Convención Constituyente de 1853, Gorostiaga conjeturó que difícilmente las postas y correos produjesen beneficios. Y la experiencia así lo ha corroborado.

La Constitución no establece ningún tipo de monopolio en favor del Estado federal. Por tanto, la concesión del servicio de correos a particulares es perfectamente válida, así como la existencia de correos provinciales, en el ámbito local. El art. 75, inc. 14, de la Const. nacional confiere al Congreso la atribución de "arreglar y establecer los correos generales de la Nación", sin prefijar el modo concreto de efectivizar esa política.

La Corte Suprema ha considerado, a su vez, que las comunicaciones telefónicas interprovinciales o conectadas con el sistema nacional están sujetas a regulación y jurisdicción federal, incluyendo las tarifas, porque forman parte en sentido amplio del comercio interjurisdiccional y del sistema de postas y correos, aunque ello no impide el ejercicio de los poderes provinciales en materia de policía e impuestos, en la medida en que no interfieran en la jurisdicción nacional ("Cía. Arg. de Teléfonos", *Fallos*, 299:149, y 257:159).

§ 776. ***Otras fuentes para el Tesoro nacional.*** – El art. 4° de la Const. nacional incluye, igualmente, como parte del Tesoro

nacional, "las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general".

La cláusula ha suscitado varios problemas de interpretación.

a) *Contribuciones.* Para la Corte Suprema, las "contribuciones" involucran tanto a los "impuestos" en sentido preciso, como a las "cargas públicas" patrimoniales mencionadas por el art. 16 de la Const. nacional (ver § 1198 y 1199). Se trata entonces de un concepto amplio, que incluye por ejemplo al peaje ("Estado nacional c/Arenera El Libertador", *Fallos*, 314:595).

b) *Imposición equitativa y proporcional.* El citado art. 4° plantea la cuestión de la constitucionalidad de los impuestos no meramente *proporcionales* (p.ej., 5% sobre el precio de un producto), sino *progresivos* (5% sobre un automóvil que vale diez mil pesos; 10% sobre uno que cueste dieciocho mil).

La Corte Suprema admitió la constitucionalidad de los impuestos progresivos, pues entendió que el art. 4° se refiere a la proporcionalidad sobre las personas y no sobre la riqueza y añadió que no era inconstitucional la tesis de la proporcionalidad del sacrificio, y que, en definitiva, proporción y progresión no serían términos incompatibles, sobre todo por resultar esa progresión equitativa ("Díaz Vélez", *Fallos*, 151:359; "Ciriaco Morea", *Fallos*, 210:172; "de Claypole", *Fallos*, 210:284, etc.); a mayor riqueza personal, pues, mayor capacidad contributiva.

c) *Tasas.* Este tipo de contribución responde a una contraprestación del Estado, a pagar por quien recibe un servicio público divisible o quien logra una "ventaja diferencial" por parte de aquél (tasas, p.ej., por legalizaciones, emisión de pasaportes, etcétera).

Las tasas han terminado por ser incluidas en las "demás contribuciones" del art. 4°. La Corte ha reconocido que tienen naturaleza tributaria ("Swift", *Fallos*, 251:51), y que debe existir un interés público que justifique su aplicación. Al cobro de la tasa debe corresponder la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio hacia el contribuyente ("Cía. Química", *Fallos*, 312:1575), aunque es aceptable, para determinar su cuantía, atender a la capacidad contributiva del sujeto deudor, estimada en razón de sus ingresos brutos o las ventas que realice ("Zelerteins", *Fallos*, 287:184).

§ 777. ***Peaje.*** – El tema ha provocado una discusión en nuestra doctrina, ya que se ha sostenido que la percepción de una cifra de dinero para permitir el tránsito de ciertas vías –terrestres o acuáticas–, importaría un tributo prohibido por las reglas de la Constitución, mencionadas precedentemente (ver § 757), ya que coartaría la libertad de circulación y significaría un prohibido "derecho de tránsito" (arts. 10 y 11, Const. nacional).

La Corte Suprema, finalmente, en "Estado nacional c/Arenera El Libertador" (*LL*, 1991-D-399) aceptó la constitucionalidad del peaje, siempre que su importe resulte razonable, es decir, que no torne ilusorio el derecho de circular. El tribunal consideró también que no es indispensable para la constitucionalidad del peaje que exista una vía alternativa gratuita, salvo que la falta de ésta implique perjudicar de modo efectivo la libertad de circular, cosa que no se da por el mero hecho de exigir en la única vía un derecho de peaje. En resumen, lo situó a éste dentro de las demás "contribuciones" a que se refiere el art. 4° de la Const. nacional.

§ 778. ***Subsidios a provincias.*** – El art. 75, inc. 9, de la Const. nacional confía al Congreso: "Acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios".

Es una aplicación de los principios de lealtad y cooperación federal (ver § 669), puesto que la solidaridad que debe imperar en una federación obliga a ayudar a sus miembros más débiles o necesitados. La Constitución, curiosamente, parece circunscribir tal auxilio a la provisión de los "gastos ordinarios" de una provincia, cuando bien puede una circunstancia peculiar (p.ej., una catástrofe natural) demandar un subsidio excepcional. Sin embargo, el art. 75, inc. 18, al conceder al Congreso competencias para "proveer lo conducente... al adelanto y bienestar de todas las provincias", facilita en sentido amplio los auxilios que mencionamos.

En determinados períodos de la historia argentina, ciertas provincias han recibido significativas sumas en concepto de ayuda federal, de modo casi permanente, lo que ha importado una suerte de mendicidad institucionalizada (González Calderón). Los "aportes del tesoro nacional" (ATN) han implicado a menudo favoritismos nada compatibles con la doctrina de la lealtad federal (ver § 669, d).

3) Competencias comerciales

§ 779. ***Regulación del comercio internacional e interprovincial.*** – Uno de los propósitos más claros de la Constitución nacional fue reservar a las autoridades federales la reglamentación de las relaciones comerciales entre la Argentina y las demás naciones, y de las provincias entre sí.

La Corte Suprema ha dicho que la atribución federal de regular el comercio internacional es mucho más amplia que la de disciplinar el interprovincial. Respecto de este último, el objetivo de la Constitución fue asegurar la igualdad y la libertad del intercambio comercial entre las provincias, con el fin de impedir barreras.

En cambio, con relación al comercio exterior, el Gobierno federal actúa como una Nación soberana, no subordinado por derechos de las provincias, con competencias tan extensas –ha dicho la Corte– "como el arbitrio y la inteligencia del Congreso crea necesario comprender para realizar su propósito" ("Marwick", *Fallos*, 307:360, y "Agencia Marítima San Blas", *Fallos*, 307:374).

La jurisprudencia clásica de la Corte Suprema indica que la palabra "comercio" del art. 75, inc. 13, de la Const. nacional (cuando deja en el Congreso el poder de "reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí"), es comprensiva tanto del tráfico mercantil y de la circulación de mercaderías, cuanto del transporte de personas ("Etmo Remolcador Guaraní", *Fallos*, 298:392), e igualmente del sistema de comunicaciones interprovinciales e internacional (por ende, de la transmisión por teléfono, telégrafo u otros medios), al resultar las comunicaciones "un aliado indispensable del comercio" ("Transradio Internacional", *Fallos*, 269:92). También incluye las operaciones *auxiliares* de ese comercio ("Dodero Viajes", *Fallos*, 305:327).

La prestación del servicio telefónico ha sido incluida por la Corte dentro de la expresión "comercio" del art. 75, inc. 13, de la Const. nacional ("Cía. de Teléfonos", *Fallos*, 299:149).

Por su parte, la radiodifusión implica materia federal, según la ley 22.285.

Naturalmente, las actividades meramente *intraprovinciales* no importan el "comercio de las provincias entre sí", reservado a la legislación nacional ("Transporte Vidal", *Fallos*, 301:223).

Con relación a las competencias provinciales, la Corte Suprema ha precisado que aunque las provincias tengan atribuciones en materia de poder de policía, "de ningún modo pueden imponer restricciones que impidan el comercio y libre tránsito interprovincial y que puedan comprometer el interés nacional, cuya tutela corresponde al Gobierno federal", aunque esas limitaciones sean sólo transitorias ("Acuña Hnos.", *Fallos*, 252:39).

Por último, si una actividad es mixta (concerniente al tráfico intraprovincial y al interprovincial), y de tipo indivisible, cabe reconocer competencia exclusiva para regularla a la autoridad federal ("Etmo Remolcador Guaraní", *Fallos*, 298:392).

§ 780. ***Pesos y medidas.*** – Vinculada con la regulación del comercio interprovincial e internacional, y a "una aspiración y necesidad pública de toda Nación organizada", el art. 75, inc. 11 *in fine*, confía al Congreso "adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación".

El Congreso ha regulado la cláusula adoptando desde tiempo atrás el sistema métrico decimal, entre otras las leyes 52, 845, 790 (de adhesión a la Convención Internacional del Metro, de 1876), 12.384 y 19.511.

4) Facultades tributarias provinciales

§ 781. ***Poder tributario provincial. Directrices generales.*** – En esta materia existe un postulado genérico: las provincias conservan todo el poder tributario no delegado por la Constitución a la Nación, y con respecto a las cosas que forman parte de su riqueza y actividades ejercidas en ellas, sus facultades son amplias y discrecionales para: *a*) establecer libremente impuestos; *b*) determinar los medios de distribuirlos en la forma y alcance que les parezca más conveniente ("Indunor", *Fallos*, 286:301; "Urrutia Hnos."; *Fallos*, 298:341, etc.), y *c*) aplicar sanciones pecuniarias para asegurar la percepción de sus rentas ("Cosecha Coop. de Se-

guros", *Fallos*, 312:149). En la definición de esas infracciones legales no es obligatorio repetir los tipos legales previstos en el orden nacional.

Con relación a los topes constitucionales federales a los poderes impositivos locales, la Corte Suprema ha definido las siguientes limitaciones:

a) Las prohibiciones constitucionales existentes sobre las provincias ("Expreso Caraza", *Fallos*, 302:1181); por ejemplo, establecer aduanas o derechos de tonelaje (art. 126, Const. nacional).

b) Las atribuciones exclusivas del Gobierno federal ("Expreso Caraza", *Fallos*, 302:1181); por ejemplo, los derechos de importación y exportación (ver § 765).

c) Deben ser tributos sobre operaciones o cosas habidas en el territorio de cada provincia: no son constitucionalmente válidos los tributos sobre actividades extraterritoriales ("Indunor", *Fallos*, 286:301).

d) No pueden las provincias, en virtud de su poder impositivo, perjudicar las políticas del Gobierno federal en materias que son competencia de éste ("Agencia Marítima San Blas", *Fallos*, 307:374).

§ 782. ***El comercio interprovincial y el poder impositivo provincial.*** – Aclarado que la regulación de este tráfico interjurisdiccional es de competencia federal, la Corte Suprema ha terminado por sostener que ello no implica una inmunidad o privilegio que lo libere de la potestad de imposición general que corresponde a las provincias. En concreto, las cláusulas que confían el comercio interprovincial a la legislación nacional solamente lo preservan de los gravámenes discriminatorios, de la superposición de los tributos locales y de aquellas contribuciones que encarezcan su desenvolvimiento al extremo de dificultar o de impedir la libre circulación territorial ("Transportes Vidal", *Fallos*, 306:516). O dicho de otra manera, la prohibición que tienen las provincias de regular el comercio interjurisdiccional no les impide exigir el pago de gravámenes que no signifiquen, precisamente, disciplinar ese tráfico ("Marwick", *Fallos*, 307:360, y "Agencia Marítima San Blas", *Fallos*, 307:374).

La jurisprudencia de la Corte Suprema había decidido que las provincias podían gravar los bienes *existentes* en su territorio, ya fuesen *producidos* en ella o provenientes de otro lugar, pero *incorporados* a la riqueza local ("Neumann Astiz", *Fallos*, 301:179).

§ 783. ***Tributos provinciales sobre bienes y actividades federales y viceversa.*** – Un principio en retroceso, el de "inmunidad intergubernamental", indica que ni las provincias deben interferir impositivamente en las actividades operacionales gubernativas de la Nación, ni ésta en las de aquéllas (Spisso).

Esta doctrina ha tenido, en principio, recepción en el derecho argentino ("Banco de Mendoza", *Fallos*, 196:380, y "Banco de Córdoba", *Fallos*, 147:239). Sin embargo, cabe darle un criterio restrictivo, circunscripto al ejercicio concreto de los poderes de gobierno de ambas autoridades. Por ejemplo, ha dicho la Corte, no tiene por qué cubrir actividades mercantiles o de índole privada ("Banco de Mendoza", *Fallos*, 247:338).

§ 784. ***Tributos provinciales en los establecimientos nacionales situados en las provincias.*** – La reforma constitucional de 1994 trató especialmente el tema reconociendo a las provincias y a las municipalidades facultades tributarias sobre los establecimientos de utilidad nacional que hubiere en ellas, en tanto no interfieran con el cumplimiento de aquellos fines federales (art. 75, inc. 30).

§ 785. ***Doble imposición.*** – La jurisprudencia de la Corte Suprema puntualiza que la existencia de múltiple imposición (p.ej., nacional y provincial) sobre un mismo hecho, no es de por sí inconstitucional ("López Saavedra", *Fallos*, 311:1459; "Huarte", *Fallos*, 249:657, y "Bodegas y Viñedos St. Remy", *Fallos*, 262: 367), en tanto exista en áreas donde esa doble imposición es viable, por mediar poderes impositivos concurrentes de la Nación y de las provincias.

La doble imposición solamente es inconstitucional si uno de los poderes del caso tiene competencia exclusiva ("Cernadas", *Fallos*, 184:639), o si el poder provincial está interfiriendo en facultades del Gobierno nacional ("Cía. San Pablo de Fabricación de

Azúcar", *Fallos*, 251:180). También ha dicho la Corte que la circunstancia de que un gravamen establecido por una municipalidad de provincia coincida con un impuesto provincial, no basta por sí sola para declarar su invalidez constitucional ("de Álzaga Unzué", *Fallos*, 239:493).

§ 786. ***Regímenes de coparticipación.*** – Una manera de encauzar la existencia de tributos nacionales directos *permanentes* (no permitidos por el art. 75, inc. 2, de la Const. nacional, aunque ello está relativizado –ver § 767–) y de contribuciones indirectas (p.ej., sobre el consumo) concurrentes entre la Nación y las provincias, ha sido la programación de sistemas de coparticipación entre los gobiernos locales y la Nación.

Estos mecanismos se han instrumentado sobre la base de *leyes convenios* (ver § 520); es decir, una ley nacional a la que se adhieren las provincias. El esquema básico es el siguiente: recaudación por la Nación de una serie de tributos (nacionales y provinciales) y posterior distribución de lo percibido, según distintos porcentajes, a la Nación y provincias. Éstas asumen la obligación de no crear impuestos análogos a los coparticipados, aunque también quedan excluidos del sistema ciertos impuestos exclusivamente provinciales ("Asociación Arg. de Cías. de Seguros", *Fallos*, 300:1085, p.ej., con relación a la ley 20.221, sobre propiedad inmueble y actividades lucrativas). En el caso de coparticipación del fondo de combustibles (ley 17.597), las provincias renunciaron a toda forma de tributación sobre el tema ("Prov. Santiago del Estero", *Fallos*, 311:193).

En el caso "Madariaga Anchorena", la Corte convalidó la constitucionalidad de un sistema de coparticipación, al señalar que las provincias podían restringir convencionalmente el ejercicio de sus poderes impositivos, mediante acuerdos entre ellas y con la Nación (*Fallos*, 280:297).

Sobre la situación actual del régimen de coparticipación nos remitimos al § 768 y siguientes.

§ 787. ***Exenciones fiscales nacionales sobre tributos provinciales.*** – Nos remitimos a lo indicado en el § 807, relativo a las políticas de fomento y estímulo previstas por el art. 75, inc. 18, de la Const. nacional.

G) Moneda y bancos

§ 788. ***Introducción.*** – El art. 75, inc. 6, de la Const. nacional menciona entre las competencias del Congreso nacional: "Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales". El art. 126, por su parte, impide a las provincias "establecer bancos con facultades de emitir billetes, sin autorización del Congreso federal".

Estas cláusulas están íntimamente vinculadas con las del art. 75, inc. 11, que también enuncia como competencia del Congreso nacional: "Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras", y con otro sector del art. 126, que prohíbe a las provincias "acuñar moneda". El art. 75, inc. 12, encomienda asimismo al Congreso sancionar leyes sobre "falsificación de la moneda corriente".

§ 789. ***El "banco federal".*** – Este instituto, ente emisor de moneda, previsto por el citado art. 75, inc. 6, de la Const. nacional, tuvo previamente en el país diversas concreciones: así, el Banco Nacional (1872), reemplazado en 1890 por la Caja de Conversión, y luego por el Banco Central de la República Argentina (1933).

El anterior texto constitucional hablaba de un "banco nacional", y el nuevo, después de la reforma de 1994, de un "banco federal". El cambio trató, básicamente, de adaptar la terminología a la estructura federal del país, lo que obligó al legislador, también, a sustituir la expresión "Banco Central de la República Argentina", por la de "federal" (miembro informante del despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 3819, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5344). Pero, de hecho, "banco nacional", "federal" o "central" han designado a la misma cosa.

Como sostuvo la Corte, de la atribución nacional de emitir billetes se ha desprendido –junto con las normas constitucionales relativas a la regulación del comercio y la promoción del bienestar general– la jurisdicción nacional sobre la regulación de los sistemas de capitalización y ahorro previo para fines determinados ("Estado nacional c/Prov. de Chubut", *ED*, 147-362).

§ 790. ***Bancos provinciales.*** – Siempre que no emitan moneda (aunque sí pueden hacerlo, con autorización del Gobierno federal; según el art. 126, Const. nacional), las provincias están en condiciones de crear bancos locales, pero sometidos a las prescripciones de la ley de entidades financieras (21.526, reformada por la 24.144), que los controló en su momento por intermedio de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias.

Un caso especial es el del Banco de la Provincia de Buenos Aires, que, a raíz del Pacto de San José de Flores y lo previsto por el art. 121 *in fine* de la Const. nacional, es también gobernado y legislado por la autoridad de esa provincia, incluso para los locales de éste situados en la Capital Federal ("Banco de la Prov. de Bs. As.", *Fallos*, 186:170, y "Asociación Bancaria", *Fallos*, 276: 432), y que, por tanto, no podría ser disuelto por la sola voluntad del Gobierno nacional.

§ 791. ***Determinación del signo monetario.*** – De las facultades señaladas se desprende –y así lo consideró la Corte– que el Congreso está constitucionalmente habilitado para crear una o más especies de moneda para el país, imponer su curso legal y hasta suspender los pagos en metálico ("Posse", *Fallos*, 36:177).

En moneda papel, han existido, creados por el Estado nacional, diversos signos monetarios. Por ejemplo, el "peso moneda nacional"; el "peso" (ley 18.188, a partir de 1970); el "peso argentino" (1983); el "austral" (1985), y finalmente, desde 1992, el "peso" *convertible* según la ley 23.928, con la paridad de un peso igual a un dólar, régimen abandonado a comienzo de 2002 (ver § 795).

§ 792. ***Emisión de moneda.*** – La facultad de acuñar moneda es una de las características básicas del Estado soberano ("Doldati", *Fallos*, 52:431, y "Viñuales", *Fallos*, 149:195). Ya en 1576, para Jean Bodin, importaba una de las "señales de la suprema autoridad".

La Constitución nacional (art. 126) prohíbe a las provincias acuñar moneda metálica, y también papel moneda, esto último salvo permiso del Congreso nacional. En cambio, prevé un banco federal a esos efectos, según se apuntó (art. 75, inc. 6).

La Corte Suprema aclaró que la facultad de emitir moneda podía ser delegada por el Congreso a un ente no estatal, como en su primer momento lo fue el Banco Central ("BCRA", *Fallos*, 176:5).

El art. 30 de la ley 24.144 determina que el Banco Central de la República Argentina "es el encargado exclusivo de la emisión de billetes y monedas de la Nación Argentina".

§ 793. ***La emisión como recurso financiero.*** – Al emitir dinero impreso, e imponerle curso legal, el Estado crea indirectamente (cuando lo hace sin respaldo en divisas o metálico) otra fuente de recursos para sí mismo, por cierto muy significativa (en períodos de grave inflación, por ejemplo, sólo recaudaba el 20% de lo invertido o gastado; el resto provenía de la emisión).

Existen dudas sobre la constitucionalidad de tal operatoria. El art. 4° de la Const. nacional no menciona esa alternativa de obtención de recursos que no es "contribución", ni "empréstito" u "operación de crédito". Goldschmidt la llama, más simplemente, "confiscación", ya que mediante la impresión de billetes el Gobierno le está restando valor al papel moneda que los particulares tienen en su poder, y él se queda con tal diferencia.

§ 794. ***Determinación del valor de la moneda nacional.*** – El art. 75, inc. 11, de la Const. nacional, como vimos, confiere al Congreso atribución para emitir moneda nacional, "fijar su valor y el de las extranjeras".

Se discute la interpretación de esta norma. La Corte Suprema ha dicho en primer término que su objeto es evitar los inconvenientes de un valor incierto y variable de lugar a lugar, "a fin de mantener la unidad de la circulación y facilitar por ese medio los cambios y relaciones mercantiles" ("Caffarena", *Fallos*, 10:434). En segundo término, la Corte restringió el sentido del inciso al indicar que el Congreso está habilitado para declarar cuándo una moneda extranjera tiene "curso legal" para los pagos, pero fuera de tal hipótesis, una provincia estaría habilitada, por ejemplo, para excluir o limitar el uso de una moneda extranjera no impuesta por el Congreso como de curso legal (fallo citado).

El texto del art. 75, inc. 11, es, sin embargo, muy claro al otorgar competencia al Congreso para fijar el valor de la moneda

argentina, y el de las extranjeras. De hecho, no obstante, el Poder Legislativo ha transferido a menudo tal facultad al Poder Ejecutivo o a un órgano de su jurisdicción, como el Banco Central de la República Argentina.

En la historia argentina hubo períodos de libertad cambiaria, de regulación estatal, incluso con la programación de dos o más mercados cambiarios (*financiero, comercial*, etcétera).

En ciertos momentos quedaron prohibidas las transacciones cambiarias entre particulares, sólo realizables entonces ante las entidades financieras habilitadas al efecto.

La reforma constitucional de 1994 estableció como deber del Congreso proveer lo conducente "a la defensa del valor de la moneda" (art. 75, inc. 19, párr. 1°). Esto implica una condena al emisionismo y a las políticas inflacionarias aunque el texto, no bien explicitado en el seno de la Convención Constituyente, no impida necesariamente prohibir ajustes razonables del signo monetario argentino, ni tampoco la emisión de moneda bajo un respaldo adecuado.

§ 795. ***Convertibilidad de la moneda argentina.*** – En 1991, la ley 23.928 declaró la convertibilidad del signo monetario nacional, a razón de diez mil australes (actual, un peso) por cada dólar estadounidense (art. 1°), comprometiéndose el Banco Central de la República Argentina a vender las divisas que le fueran requeridas, de acuerdo a tal paridad (art. 2°).

La ley 23.928 autorizó, también, a ese banco a comprar divisas a precio de mercado, con sus propios recursos, por cuenta y orden del Gobierno nacional, o emitiendo los pesos necesarios para ello (art. 3°).

La ley de emergencia 25.561 concluyó el régimen de convertibilidad.

H) Políticas de fomento

§ 796. ***Introducción. La "cláusula de la prosperidad".*** – El art. 75, inc. 18, de la Const. nacional atribuye al Congreso: "Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y

bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".

Este inciso, llamado "cláusula de la prosperidad" (Bidegain) o "del progreso" (Bidart Campos) puntualiza una serie concreta de políticas de fomento, o de desarrollo del país, pero, como sostiene la Corte Suprema, la descripción de tales programas es meramente enunciativa ("F. C. del Sud", *Fallos*, 183:190).

§ 797. ***Filosofía del precepto.*** – El *fomento* planificado por el art. 75, inc. 18, no importa un mero desarrollo económico, ya que se refiere asimismo a la "ilustración", es decir, a un desenvolvimiento cultural y educacional. Según el constituyente, también apunta a desplegar la dimensión religiosa del ser humano; el informe de la Comisión Redactora de la Constitución de 1853, detalla que la política de colonización e inmigración debía procurar una población sana, virtuosa y cumplidora de sus deberes de culto.

La "cláusula de la prosperidad" no figura en la Constitución estadounidense. La Corte Suprema ha dicho que no tiene más precedentes y jurisprudencia que la proveniente de nuestro medio ("F. C. del Sud", *Fallos*, 183:190).

§ 798. ***El Estado empresario.*** – La Constitución admite "empresas de utilidad nacional" en su art. 4° *in fine*, por lo cual no es inconstitucional que el Estado asuma funciones empresariales.

Sin embargo, el art. 75, inc. 18, le asigna como rol preferencial *promover* la industria, la construcción de ferrocarriles, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, etcétera. Parece claro, pues, que la Constitución patrocina el principio de *subsidiariedad*, según el cual el Estado no debe asumir tareas que los particulares pueden cumplir adecuadamente. No obstante, razones de *bienestar general* (Preámbulo) pueden aconsejar que ciertas actividades sean desempeñadas por el propio Estado, según las exi-

gencias de tiempo y de lugar, o de requerimientos propios del bien común, esto es, del mencionado *bienestar general.*

§ 799. ***El nuevo desarrollo.*** – Por su parte, la reforma de 1994 sancionó el actual art. 75, inc. 19, por cierto ultraprogramático, que actualiza las políticas de fomento del texto anterior, complementándolo y sin derogarlo.

a) *Desarrollo humano.* En palabras del miembro informante del despacho mayoritario, "se trata de concebir a la economía como algo más que números y tener presente al hombre como centro de las preocupaciones" ("Diario de Sesiones", p. 3179, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5372).

b) *Progreso económico con justicia social.* En la Convención, el mismo miembro informante diferenció el *crecimiento* económico del *desarrollo* económico y del *progreso* económico. El primero, dijo, es el resultado de la utilización de los recursos de una sociedad; el segundo implica achicar la brecha existente entre la riqueza potencial y la riqueza real que esa comunidad produce. El tercero importa el aprovechamiento de todas esas potencialidades, pero con equidad, justicia y solidaridad ("Diario de Sesiones", p. 3179, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5372).

En pleno debate en el recinto, a moción del convencional Cafiero, se agregó la expresión "con justicia social", basal para el Estado social de derecho ("Diario de Sesiones", p. 3830, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5750). De hecho, la nueva cláusula alerta que lo justo no es necesariamente resultado del libre juego de la oferta y de la demanda, ya que esa justicia es superior a la del mercado. La idea de justicia social impacta profundamente en la concepción de la propiedad (§ 8, h), el derecho laboral y previsional, la regulación de la economía y de los programas gubernativos, etcétera.

c) *Productividad de la economía nacional.* Esta cláusula, aparentemente obvia (ya que no se concibe a un Estado que se oponga a que su economía sea útil), tiene sin embargo importantes secuelas en las políticas de control y de orientación que el Gobierno federal pueda emprender. Tal signo intervencionista puede, paradójicamente, auspiciar –de ser provechoso para la productividad– programas de privatización y de desregulación.

d) *Generación de empleo.* Es también otro rasgo del Estado social de derecho (p.ej., constituciones de Portugal, art. 52; de España, art. 40; Grecia de 1975, art. 22). Conviene advertir que el art. 75, inc. 19, no impone que el Estado invente empleos, sino que realice políticas que tiendan a promoverlos.

e) *Formación profesional de los trabajadores.* Es una tarea frecuente del constitucionalismo social (p.ej., constituciones de Malta, art. 13; de Portugal de 1976, art. 52; *Carta del Lavoro*, de Italia, art. XXX; URSS de 1977, art. 40, etcétera).

f) *Defensa del valor de la moneda.* Sobre este punto nos remitimos al § 794.

g) *Investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.* Remitimos al lector al § 802, g.

h) *Crecimiento armónico de la Nación y poblamiento de su territorio; promoción de políticas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.* Esta directriz constitucional tiene dos propósitos distintos. El primero es afianzar una política de *crecimiento equilibrado* entre las distintas partes del país, fin que alienta una promoción privilegiada de polos de desarrollo en lugares que, por razones geoeconómicas, queden atrasados. El segundo es una política de *asentamiento poblacional*, prosiguiendo la tesis alberdiana de *gobernar es poblar* (ver § 398 y 806). La Convención formuló aquí una opción, por cierto discutible, como es la de propiciar un Estado con alto número de habitantes, al revés de otros modelos (como el canadiense o el escandinavo), de países ricos pero relativamente poco poblados.

§ 800. ***Deslinde de competencias entre la Nación y las provincias.*** – Interpretado literalmente, el art. 75, inc. 18, parecería dar al Congreso nacional atribuciones absolutas para "proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias".

Así, Oyhanarte se expide sobre el "principio de ilimitación de medios razonables". Sin embargo, cabe encuadrar la cláusula alu-

dida –además del principio de bienestar general– dentro del marco de los derechos constitucionales que corresponden a los particulares y a las provincias. Al decir de la Corte Suprema, su aplicación no puede afectar la integridad del sistema institucional vigente ("Fernández Arias", *Fallos*, 247:646).

Precisamente respecto de las provincias, el art. 125 determina que también deben "promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios".

A su vez, la reforma constitucional de 1994 añadió un nuevo tramo al art. 125, destacando que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires *pueden* promover el progreso económico, el desarrollo humano y la generación de empleo.

Esa duplicación de objetivos (los del art. 75, incs. 18 y 19, para la Nación, y del art. 125, para las provincias), nos advierte que estamos frente a poderes *concurrentes*.

§ 801. ***Planes de instrucción.*** – El art. 75, inc. 18, se refiere al dictado de "planes de instrucción general y universitaria", cláusula que presenta algunos interrogantes.

Tanto Joaquín V. González como González Calderón entienden que esos programas no se pueden referir a la educación primaria (relegada por el art. 5° a las provincias), sino a la secundaria y terciaria. Sin embargo, el texto del art. 75, inc. 18, es amplio, y cubre todo nivel educativo ("instrucción *general* y universitaria") y tanto se refiere a la enseñanza pública como privada (Bidart Campos). El art. 5° obliga a las provincias a *asegurar* la educación primaria, pero ello nada obsta a los planes educativos que programe la Nación.

En caso de conflicto entre los planes educativos provinciales y los nacionales, habrá que afianzar la primacía de estos últimos siempre que exista un razonable *interés federal* en ellos. Actualmente la Nación se ha desprendido prácticamente de sus escuelas en las provincias, pero no obstante procura disciplinar los contenidos mínimos de la educación.

El Congreso ha delegado generalmente la facultad que comentamos en ámbitos del Poder Ejecutivo y de las universidades. La Corte Suprema admitió la legitimidad de tal decisión, al indicar que resultaba prácticamente imposible que el Poder Legislativo desempeñara el papel de redactor de esos planes, ya por su composición numerosa y la lentitud de ciertos procedimientos, ya por carecer de elementos técnicos especializados ("Bergés", *Fallos*, 166:264).

§ 802. ***Pautas sobre educación y cultura en la reforma de 1994.*** – El nuevo art. 75, inc. 19, introdujo algunas ideas-fuerza en materia educacional, dentro de las competencias del Congreso. En concreto, se habilita a éste para sancionar leyes de *organización* y *base* de la educación (lo que significa que no deben abarcar ni monopolizar *toda* la regulación educativa, sino los aspectos donde hubiere interés federal) vigentes para toda la República, según las siguientes pautas.

a) *Consolidación de la unidad nacional con el respeto de las particularidades provinciales y locales.* Una educación uniforme resultaría así inconstitucional. También padecerían del mismo vicio los planes que propicien el separatismo o la desmembración del Estado.

b) *Responsabilidad indelegable del Estado.* Esta frase tuvo algunas aclaraciones por el miembro informante en la Convención de 1994 ("Diario de Sesiones", p. 3180 y ss., *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5371 y siguientes). En primer término involucra el deber del Estado de asegurar el servicio educativo en todos los niveles y modalidades, mediante escuelas propias, "atendiendo en forma especial a la educación básica obligatoria". Ello implica, añadió, que el Estado nacional tiene que concurrir al financiamiento de la educación en las provincias que no estén en condiciones de asegurar tal servicio. En segundo lugar, importa el deber de autorizar, regular, supervisar y controlar los servicios educativos privados que concurran con el público. Como tercera consecuencia, el Estado debe "brindar los recursos financieros suficientes para que la prestación del servicio educativo oficial sea el de mejor nivel de calidad".

c) *Participación de la familia y de la sociedad.* La norma está exigiendo algún modo de intervención de los padres y del pueblo en el proceso educativo.

d) *Promoción de los valores democráticos.* Esto significa que la programación estatal de la educación tiene que adecuarse al techo ideológico de la Constitución, y además alentarlo según la fórmula democrática constitucional argentina, que rechaza planteos autoritarios o totalitarios (ver § 802).

e) *Igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna.* Aquí el espíritu del constituyente ha sido evitar las discriminaciones económicas y sociales en todos los niveles del sistema educativo, tanto para el ingreso como para la permanencia de los alumnos, y la separación de ellos en grupos o categorías que impliquen segregaciones al realizar las tareas, "dentro o fuera de horario de clase, como actividades curriculares y extracurriculares" ("Diario de Sesiones", p. 3180, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5373).

f) *Gratuidad y equidad en la educación pública estatal.* Sobre estos "principios", como los califica el art. 75, inc. 19, cabe primero aclarar que se los quiso enunciar como "directivas infranqueables", y no meras orientaciones ("Diario de Sesiones", p. 3181, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5373).

En segundo lugar, hubo un debate prolongado en torno a la compatibilidad de los conceptos de "gratuidad" y "equidad", ya que, como apuntó el convencional Bravo, el último podía entenderse como una posibilidad cierta de arancelamiento ("Diario de Sesiones", p. 3182, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5373), y así lo sostienen Dromi y Menem para quienes puedan costear su educación. El miembro informante Rodríguez, expuso que las ideas de gratuidad y equidad deben sumarse, y no son contradictorias: la equidad significa que "se impone al Estado la carga de proveer a los habitantes de los medios suficientes para acceder a la educación gratuita" ("Diario de Sesiones", p. 3181, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5373) en aras de lograr así una efectiva igualdad de oportunidades, si la gratuidad no es suficiente para ello. Nos remitimos también al § 804.

g) *Promoción de la investigación y desarrollo científico y tecnológico. Su difusión y aprovechamiento.* Se trata de otra norma programática, muy general y de contenido poco preciso, cuya traducción en leyes y hechos concretos tiene un campo amplio de discrecionalidad para los operadores de la Constitución.

h) *Protección de la identidad y pluralidad cultural.* Como principio, la cláusula procura tutelar la cultura argentina (miembro informante Marín, "Diario de Sesiones", p. 3848, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5759) y sus manifestaciones peculiares, urbanas y rurales (hay una protección específica en otro inciso, el 17 del art. 75, respecto de los indígenas). El tema ha dado lugar a interesantes debates en torno a la obligatoriedad de transmitir cuotas mínimas de, por ejemplo, música local. Las dudas sobre la constitucionalidad de esa imposición, dentro de pautas razonables, quedan en principio disipadas con esta cláusula.

i) *Libre creación y circulación de las obras del autor.* Este texto se inspira en varias constituciones (Alemania, art. 5°, inc. 3; España, art. 20, inc. *b*, e Italia, art. 33), y en definitiva es una aplicación de la libertad de expresión (ver § 933 y ss.), además de enfatizar la prohibición de la censura, tanto en la realización en sí de la obra artística o intelectual, como en su distribución y acceso al público.

j) *Protección del patrimonio artístico.* La regla puede entenderse tanto para custodiar los derechos del autor (ya amparados con la cláusula precedente) como los de la colectividad, interesada en la preservación de obras de arte, edificios, monumentos, ruinas, etc., vale decir, objetos que caen en la esfera de los intereses difusos (Bidart Campos).

k) *Protección de los espacios culturales y audiovisuales.* Este precepto no figuraba en el despacho original de la mayoría, y fue introducido a petición del convencional Solanas, quien puntualizó que el espacio cultural es el lugar donde se desarrollan las actividades culturales, "frente a una demolición espectacular que en las últimas décadas ha diezmado los salones, los centros de cultura, cines y teatros. No existe la cultura si no hay espacio físico donde comunicarla". Añadió también que los mayores espacios

de transmisión cultural son los audiovisuales, en concreto radio y televisión ("Diario de Sesiones", p. 3846 y 3847, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5758 y 5759).

El sentido de la cláusula no es en definitiva claro: ¿querrá decir que corresponde al Estado velar por el no cierre de aquellos lugares? ¿Que también deberá sostener a las radioemisoras y canales de televisión?

l) *Competencias provinciales.* Hay que tener presente que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires "pueden", a tenor del art. 125 *in fine* de la Const. nacional, promover "la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura", como facultad concurrente, en esas áreas, de aquéllas con la Nación ("Diario de Sesiones", p. 3878, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5775). Sobre el tema ver § 800.

§ 803. ***Ley de educación nacional.*** – La ley 26.206 declara a la educación y el conocimiento como derecho personal y social garantizado por el Estado, y la define como prioridad nacional, conforme a pautas de igualdad, gratuidad y equidad. Establece, como responsables de las acciones educativas, al Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (el presupuesto educativo consolidado de esas jurisdicciones no podrá ser inferior al 6% del producto bruto interno), los municipios, las confesiones religiosas reconocidas y las organizaciones de la sociedad y la familia. La instrucción se divide en inicial, primaria, secundaria y superior, y es obligatoria desde los cinco años de edad hasta la finalización del secundario. Crea un Consejo Federal de Educación, declara que el Estado federal fija la política educativa y diferencia un sistema educativo de gestión estatal de uno de gestión privada.

En ciertos rubros, como la exigencia de gratuidad y la asignación de partidas presupuestarias por las provincias, la ley afecta los derechos de éstas para regular su propio régimen educativo, según el art. 5° de la Const. nacional.

§ 804. ***Situación de las universidades.*** – La reforma constitucional de 1994 insertó en el art. 75, inc. 19, el principio de *autonomía y autarquía de las universidades nacionales.* La autonomía

universitaria fue definida por el constituyente siguiendo a Sánchez Viamonte: consiste en que aquellas casas de estudio se den cada una su propio estatuto, regulen sus instituciones internas y se rijan por ellas, elijan a sus autoridades, designen a sus profesores y fijen el sistema de nombramientos y disciplina. Se la declaró como un medio necesario para que la universidad cumpla con libertad suficiente sus finalidades: "la creación mediante la investigación y la distribución democrática del conocimiento en todas las ramas del saber, mediante la docencia y la extensión" ("Diario de Sesiones", p. 3184, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5375). A su turno, la autarquía implica reconocer a la universidad personalidad jurídica y autoadministración.

Por su parte, la ley 24.521, llamada de *educación superior*, regula la enseñanza de ese tipo, tanto universitaria como no universitaria y, en su caso, a cargo de universidades nacionales, provinciales y privadas (art. 26).

Podrán fijar "derechos o tasas por los servicios que presten" (arts. 58 y 59, inc. *c*). Tal alternativa es legítima, respecto de las personas que cuenten con recursos para afrontarla, aunque el tema resulte discutible, dado el debate originado en la Convención Constituyente sobre las ideas de *gratuidad* y *equidad* en la enseñanza pública (ver § 994 y siguientes), según el art. 75, inc. 19, de la Const. nacional.

En "Ministerio de Cultura y Educación de la Nación", la Corte Suprema compartió este criterio, al indicar que las expresiones "gratuidad y equidad" debán entenderse junto con las de solidaridad e igualdad de oportunidades (*Fallos*, 322:875). Ellas eran compatibles con las de ingreso según la capacidad a las universidades, y la obligación de asegurar la tendencia progresiva hacia la gratuidad no implica la obligación estatal de financiar íntegramente el funcionamiento y las necesidades de las universidades nacionales, por lo que nada obsta a que se sufrague parte de aquellos gastos con la contribución de los estudiantes que se encuentren en condiciones de hacerlo. De todos modos –expresó el alto tribunal–, el sentido de solidaridad demanda que todos los que tengan interés y capacidad accedan a la enseñanza superior. La palabra "equidad", concluyó la Corte Suprema, cumple una función de equilibrio que impide que en el futuro se establezca la gratuidad absoluta o bien la onerosidad absoluta.

Como dato significativo en favor de su autonomía, el art. 32 de la ley 24.521 establece que contra las resoluciones definitivas de las universidades nacionales, sólo podrá interponerse recurso de apelación ante la cámara federal con competencia en el lugar de la sede principal de la universidad. Es decir, que no habilita vías recursivas ante el Poder Ejecutivo.

Sobre este tema, en "Mochiutti" (*JA*, 1998-II-365), la Corte Suprema indicó con acierto que la autonomía universitaria no podía interpretarse en sentido absoluto, pues ello implicaría colocar a las universidades al margen de todo control de constitucionalidad y de legalidad, desconociéndose el control judicial de constitucionalidad instituido por el art. 116 de la ley suprema, piedra angular del sistema judicialista argentino.

En "Monges c/Universidad de Buenos Aires" (*LL*, 1997-C-150), la Corte Suprema debió evaluar la constitucionalidad del art. 50 de la ley 24.521, de educación superior, norma que dispone que en las universidades con más de cincuenta mil estudiantes, el régimen de admisión, permanencia y promoción de los alumnos será definido por cada facultad o unidad académica equivalente. En concreto, se imputó a tal precepto violar el principio de autonomía y autarquía universitaria reconocida por el art. 75, inc. 19, de la Const. nacional (ver § 804), por el que, se dijo, tal regulación debía dejarse en manos de la universidad y no de cada facultad.

La mayoría de la Corte Suprema entendió que una ley del Congreso, reglamentaria de la autonomía universitaria, bien podía conferir a cada facultad, dentro de ciertas pautas razonables, la determinación del sistema de admisión, permanencia y promoción de sus alumnos, sin que ello afectase la autonomía de cada universidad, máxime si en ello estaba en juego el cumplimiento, por parte del Estado, de instrumentos internacionales y la consecuente responsabilidad internacional por el eventual incumplimiento de tales obligaciones.

En otros pronunciamientos, el alto tribunal aseguró que la autonomía universitaria implicaba libertad académica y de cátedra en las altas casas de estudio, así como la facultad de redactar sus estatutos. La autarquía universitaria –complementaria de la autonomía– importaba la autoadministración de su patrimonio, así como disponer de los recursos propios que se generen como consecuencia del ejercicio de sus funciones, pero la referida autonomía universitaria no implica un poder en sentido institucional, equiparable al de las provincias ("Ministerio de Cultura y Educación c/Universidad Nacional de Luján", *Fallos*, 322:842). En definitiva, la autonomía consiste en desvincular a la universidad del Poder Ejecutivo, pero no de la potestad reglamentaria del Poder Legislativo, quien puede así fijar los requisitos de validez de los títulos (carga horaria mínima, contenido básico de la currícula) o determinar los porcentajes mínimos de los órganos de gobierno de dichas universidades, por ejemplo, del personal docente, la duración de sus mandatos, la constitución de un tribunal universitario ("Universidad Nacional de Córdoba", *Fallos*, 322:919).

§ 805. ***Ferrocarriles.*** – En este punto, además de las exoneraciones impositivas detalladas, cabe recordar que la Corte Suprema ha legitimado la regulación federal de las vías férreas de propiedad de la Nación, o las que liguen la Capital o un territorio federal con una o más provincias o territorios nacionales (ley 2873; ver "Prov. de Buenos Aires c/Ferr. Central Argentino", *Fallos*, 94:396).

Como también la construcción de una línea en el interior de una provincia ("Ruiz", *Fallos*, 97:332), todo ello sin perjuicio de los poderes de una de éstas para construir un ferrocarril circunscripto a su territorio ("Ferrocarril del Oeste", *Fallos*, 105:80).

§ 806. ***Colonización e inmigración.*** – Este objetivo fue uno de los principales para Alberdi, con el fin de poblar y desarrollar un país prácticamente atrasado y con escasos habitantes.

Sobre la política migratoria nos remitimos al § 398 y siguientes. En cuanto a la colonización de tierras, el Gobierno federal sólo podría operar en las propias, prácticamente agotadas al concluir el proceso de provincialización. Tanto Estrada como De Vedia estimaron que la Nación no podía colonizar en territorios provinciales, pero de hecho así ocurrió, en zonas adquiridas por el poder central (González Calderón).

Las provincias tienen la misma atribución, en sus respectivos territorios (art. 125, Const. nacional), salvo en las zonas adquiridas por la Nación según el art. 75, inc. 30 (ver § 645).

§ 807. ***Privilegios, exenciones y recompensas.*** – La parte final del art. 75, inc. 18, habilita al Congreso nacional para disponer "concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo", tratando de lograr la prosperidad del país y el bienestar general de las provincias. El art. 25, a su vez, consagra una inmunidad fiscal, ya que el Gobierno no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que vengan con objeto de labrar la tierra, mejorar las industrias o enseñar las ciencias y las artes. Otra prohibición fiscal emerge de los arts. 10 a 12, que vedan los derechos de tránsito en lo que atañe a la circulación interior de bienes y de los transportes del caso.

La Corte Suprema ha anticipado que la promoción de la prosperidad y de bienestar general se puede instrumentar tanto estableciendo impuestos cuanto consagrando exenciones tributarias ("Prov. del Neuquén", *Fallos*, 292:26), y que éstas pueden incluso provenir de un tratado internacional suscripto por la República ("Agencia Marítima San Blas", *Fallos*, 307:374).

Como se recordará, para la Corte los privilegios y exenciones son de interpretación restrictiva, aunque para ello es necesario consultar el propósito de la norma y sus implicancias ("Sanguinetti", *Fallos*, 303:763). Tienen que surgir inequívocamente de la expresión de la voluntad legislativa ("Ferrocarriles Argentinos", *Fallos*, 305:460), por lo que no pueden establecerse por un mero decreto ("Gas Natural Ban", *Fallos*, 326:2653). A su vez, un decreto no puede restringir una exención dispuesta por ley ("Cámara Argentina del Libro", *Fallos*, 326:3168).

Diversos fallos de la Corte han puntualizado que las normas federales de privilegio pueden comprender también la liberación de tributos provinciales ("Ferrocarril Central Argentino", *Fallos*, 68:234, e íd., *Fallos*, 104:76, entre otros). Es decir, que la potestad impositiva de las provincias debe ceder ante aquellos privilegios que otorgue el Gobierno nacional en ejercicio de sus atribuciones ("Ferrocarriles Argentinos", *Fallos*, 305:460, y "Transportes Vidal", *Fallos*, 306:516).

Algunas veces, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha moderado tal doctrina; por ejemplo, para sostener que los privilegios federales no pueden abarcar tasas y contribuciones de mejoras, ya

que éstas se refieren a servicios prestados o a obras realizadas en favor del privilegiado, que de eximirse del pago, se estaría enriqueciendo sin causa ("Banco Hipotecario Nacional", *Fallos*, 279: 76, y "Banco Nación Argentina", *Fallos*, 270:427).

§ 808. ***Concesión de honores.*** – El art. 75, inc. 20, declara atribución del Congreso "decretar honores".

Conviene tener presente que ya el Congreso dispuso por ley del año 1852 declarar al general Urquiza "Libertador de las Repúblicas del Plata", y le expresó un voto de gracias y otro de reconocimiento.

Algunas veces, el Congreso dispuso honores directamente, por ley o resolución. Esos honores –que ocupan más de trescientas leyes, como recuerda Palazzo– han consistido en erigir monumentos y estatuas, imponer nombres a vías de comunicación o edificios públicos, etc. (la ley 14.131 llamó a Eva Perón jefa espiritual de la Nación, y también declaró el 26 de julio –día de su muerte– de cada año día de duelo nacional).

La concesión de ciertos honores ha provocado alguna vez acciones judiciales contra los legisladores otorgantes, por entendérselos incursos en la figura del art. 29 de la Const. nacional (imposición de facultades extraordinarias). Sobre el punto nos remitimos al § 734.

§ 809. ***Pensiones.*** – También el art. 75, inc. 20, de la Const. nacional declara atribución del Congreso "dar pensiones". Como el art. 99, inc. 6, prescribe que toca al Poder Ejecutivo conceder jubilaciones (así como también retiros, licencias y pensiones), cabe suponer que mientras la facultad del Congreso se refiere a pensiones *graciables* (vale decir, puramente voluntarias y a título de reconocimiento, generosidad o premio), la del Ejecutivo, en cambio, alude a beneficios previsionales derivados de una relación de empleo público.

Un defecto potencial del art. 75, inc. 20, es el despilfarro de los caudales públicos que puede provocar con la concesión fácil de múltiples pensiones, otorgadas de vez en cuando más como recompensas partidistas o de favoritismo personal que por legítimas razones.

I) Competencias federales derivadas del estado de necesidad

§ 810. ***Introducción.*** – La doctrina del estado de necesidad requiere –para operar genuinamente– la concurrencia de estos requisitos:

a) Una *situación de necesidad*; vale decir, un estado de cosas donde, sin duda alguna, entre en efectivo peligro la supervivencia del sistema político o se produzca el caos social. Refiere, pues, a situaciones límites de persistencia del Estado o de la comunidad.

b) La *inevitable adopción de una medida* apta para enfrentar aquella situación de necesidad.

c) Un *sujeto necesitado*, esto es, alguien que debe tomar la medida o decisión de necesidad (generalmente es el Estado; pero puede serlo también el pueblo, cuando protagoniza el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión contra el tirano de título o de ejercicio).

d) El *derecho de necesidad*, que es el conjunto de principios (y en su caso, de normas) que regulan la situación de necesidad, el sujeto necesitado y el contenido de la medida adoptada.

Es usual emplear la palabra *emergencia* para referirse a un tipo o variable de la doctrina del estado de necesidad: la que refiere a una situación de necesidad *imprevista* y *transitoria*.

§ 811. ***Ejercicio ilegítimo o legítimo de la doctrina del estado de necesidad.*** – Naturalmente, la doctrina del estado de necesidad es en sí peligrosa, dados sus tremendos efectos potenciales. Es también de difícil regulación constitucional y legal, aunque en parte puede estar captada por el derecho positivo (ver § 813).

También se presta –y éste es, probablemente, su flanco más cuestionable– a manipulaciones, perversiones y desbordes ilegítimos, por cierto nada raros, a saber:

a) Una invocación *espuria* de tal situación (argüir estado de necesidad cuando no está real y definitivamente en juego la perdurabilidad del sistema o amenaza el caos social). Por ejemplo, en "Video Club Dreams" (*JA*, 1996-I- 236), la Corte Suprema advirtió que no existía en el país un caso de grave peligro social que hiciera necesario el dictado de medidas súbitas, como un decreto de necesidad y urgencia que impuso un tributo.

b) Una alegación también falsa de la inevitabilidad de la decisión de necesidad, por ejemplo, se invoca como indispensable y apremiante una medida que no tiene tal carácter.

c) Una usurpación del sujeto necesitado. Por ejemplo, en algunos golpes de Estado, o cuartelazos, donde los insurgentes invocaban actuar en nombre o por la voluntad del pueblo.

§ 812. ***Efectos.*** – La doctrina del estado de necesidad produce eventualmente un *desplazamiento de competencias constitucionales*, cuando un órgano de la Constitución asume funciones propias de otro (el caso más llamativo es actualmente el del Poder Ejecutivo dictando leyes, mediante decretos de necesidad y urgencia), o un *acrecentamiento de competencias*, con la consecuente reducción de los derechos individuales (p.ej., en materia de libertades públicas, durante los estados de excepción), o de las atribuciones de las provincias (que en períodos *de facto* han atravesado tramos de casi unitarización). Ocasionalmente se la ha invocado para la deposición de autoridades *de iure*, y la consecuente asunción de gobernantes de hecho.

La legitimidad de esas formas y competencias ha sido habitualmente harto dudosa, cuando no condenable. Esporádicamente, sin embargo, algunas han tenido justificación y consenso.

§ 813. ***La necesidad como opción constitucional. Orden nacional y provincial.*** – Muchos supuestos de estado de necesidad se encuentran captados por la Constitución mediante figuras como el estado de guerra (arts. 75, inc. 25, y 99, inc. 15), el estado de sitio por conmoción interior o ataque exterior (arts. 23; 75, inc. 29; 99, inc. 16, etc.), los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3), la contratación de empréstitos para "urgencias de la Nación" (art. 4°), etcétera.

También ha elaborado la Corte Suprema una doctrina del derecho de emergencia, que puede referirse, dice, a situaciones de carácter físico (epidemias, terremotos), economicosocial o político (como una revolución). La emergencia se caracteriza por su modo

de ser extraordinario, grave y amplia en sus efectos, y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para resolverla ("Perón", *Fallos*, 238:76 y, también, "Videla Cuello", *LL*, 1991-D-518).

Los requisitos para habilitar el derecho de emergencia son –a criterio de la Corte Suprema– los siguientes:

a) Que medie un auténtico estado de necesidad, es decir, una realidad fáctica excepcional ("Ghiraldo", *Fallos,* 202:456, y sus citas).

b) Transitoriedad de la norma de emergencia ("Ercolano", *Fallos*, 136:171, y "Martini", *Fallos*, 200:450).

Para la Corte, por último, el ámbito temporal de la emergencia difiere según épocas y sitios, y no puede ser fijado de antemano en un número preciso de años o meses: dura todo el tiempo en que permanecen las causas que originan la necesidad y emergencia ("Peralta", *Fallos*, 313:1513). De hecho, entonces, la "temporaneidad" puede ser indefinida, lo que a su vez eventualmente puede producir la frustración de un derecho.

c) Legitimidad intrínseca de la medida legal de emergencia; vale decir, que tenga propósito de bien común ("Ghiraldo", *Fallos*, 202:456, y "Ercolano", *Fallos*, 136:171) y que sea razonable y justa ("Martini", *Fallos*, 200:450, y "Ghiraldo", *Fallos*, 202:456).

d) Que medie respeto a la Constitución, puesto que la Corte indica que durante la emergencia los derechos constitucionales pueden suspenderse, pero no frustrarse ("Russo", *Fallos*, 243:467; "Roger Bialet", *Fallos,* 209:405, y "Cía. Azucarera Tucumana", *JA*, 26-903). Pero, de todos modos, acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios ("Galli", *Fallos*, 328:690), que no serían constitucionales en épocas normales.

Finalmente, en "Cocchia" (*LL*, 1994-B-633, consid. 10), la Corte Suprema añadió que las normas estatales dictadas para afrontar una emergencia deben ser en principio entendidas por los jueces como conformes con la Constitución, salvo que fuesen notoriamente contradictorias con ella.

Según tal doctrina de la necesidad y emergencia, el "derecho de emergencia" no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella ("Videla Cuello", *Fallos*, 313:1638).

Sobre el "corralito" financiero y la pesificación, ver § 1030.

§ 814. ***La necesidad como dispensa de la Constitución.*** – Esta alternativa se presenta cuando una auténtica *situación* de necesidad demanda la adopción de una inevitable e imperiosa *decisión* de necesidad (ver § 810 y ss.) y ésta o se halla prohibida o no está captada por la Constitución.

De hecho, cabe reconocer que numerosas reglas de derecho de necesidad (como aquellas que, p.ej., han suspendido durante plazos larguísimos el ejercicio del derecho de propiedad) han sido disfrazadas como constitucionales por la jurisprudencia de la Corte Suprema, cuando en verdad, su hipotético justificativo solamente podría hallarse en razones supraconstitucionales.

En esa hipótesis extrema, la doctrina del estado de necesidad genera normas (*necessitas ius constituit*) de derecho, incluso supraconstitucional, del mismo modo que la equidad justifica en ciertas hipótesis la dispensa de la ley (Suárez).

Dos son las variables legítimas de dispensa de la Constitución, habida que sea una verdadera situación de necesidad.

a) Que haya imposibilidad material de cumplimiento de la Constitución; en este caso, la Constitución no puede *físicamente* cumplirse.

Por ejemplo, la Constitución de 1853 determinó que la ciudad de Buenos Aires era capital de la República (art. 3°). Sin embargo, el Estado de Buenos Aires, con tal ciudad incluida, se había separado de la Confederación Argentina, siendo entonces imposible situar a las autoridades de ésta en tal ciudad. Por distintas normas propias del derecho de necesidad (ley del 13 de diciembre de 1853; decreto del 29 de agosto de 1853), la capital argentina se ubicó en la ciudad de Paraná, con carácter provisorio (ver § 363).

b) Que haya imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución; en esta variable, la Constitución se la puede cumplir, pero el costo de su realización es la crisis del sistema político o el caos social.

En 1859, por ejemplo, Buenos Aires y la Confederación Argentina se reunifican por el Pacto de San José de Flores. En la ocasión, fue imperiosa la reforma de la Constitución de 1853, como exigencia indispensable para la unión. No obstante, el art. 30 de la Const. nacional prohibía su reforma hasta 1863. En resu-

men, la opción era cumplir con la Constitución (y desunir al país), o dispensar el cumplimiento del citado art. 30, y lograr la unidad nacional. Se hizo esto último, mediante la reforma de 1860 (ver § 233).

El fundamento jurídico de la viabilidad de un derecho de necesidad supraconstitucional se encuentra en el derecho natural de autoconservación de la sociedad y del Estado –que son previos a cualquier constitución–, partiendo del supuesto, además de que sin alguno de ellos no podrá haber tampoco una constitución (*fundamentación iusnaturalista*); o en la tesis del derecho de necesidad como derecho constitucional implícito (Buckhardt, Waldkirch), según la cual en toda constitución hay cláusulas fundamentales, que deben prevalecer sobre otras secundarias. Entre las fundamentales, están las que refieren a la existencia y a la supervivencia del Estado (*fundamentación positivista*).

Por lo demás, en la Argentina, el art. 33 de la Const. nacional se refiere a derechos constitucionales implícitos, connaturales a los hombres y a las sociedades, entre los cuales se pueden incluir el de resistencia a la opresión y el de la comunidad a sobrevivir y contar con un Estado.

Previsto el derecho de necesidad dentro de esos marcos, su ejercicio no podría contradecir a los demás derechos naturales de las personas y de la comunidad, por lo cual resultan inválidas las presuntas reglas de derecho de necesidad lesivas de la dignidad humana, o las que fueren injustas tanto por *ilegitimidad de medios* (p.ej., al no guardar proporcionalidad con la emergencia, ni realizar una adecuada selección de instrumentos para resolverla), cuanto por *ilegitimidad de fines* (contrarias al bien común).

§ 815. ***Gobiernos "de facto".*** – Una controvertida y por lo común objetable aplicación de la doctrina del estado de necesidad, ha desarrollado la Corte Suprema respecto de diversos gobiernos de facto ("Acord. s/reconocimiento del Gobierno provisional de la Nación", *Fallos*, 158:290).

§ 816. ***Su reconocimiento por la jurisprudencia.*** – La Corte Suprema tuvo oportunidad de referirse a la asunción de poderes nacionales por parte de Bartolomé Mitre, entonces gobernador

de la provincia de Buenos Aires. El tribunal admitió tal situación, sobre la base del "derecho de la revolución triunfante y asentida por los pueblos", además de los graves deberes que la victoria le imponía, luego de la batalla de Pavón ("Martínez", *Fallos*, 2:142).

Posteriormente, el 10 de septiembre de 1930, a raíz del golpe encabezado por el teniente general José F. Uriburu, la Corte pronunció una acordada ("Acord. s/reconocimiento del Gobierno provisional de la Nación", *Fallos*, 158:290), donde acusaba recibo de una nota del Gobierno provisional notificándole tal hecho. La Corte manifestó que dicho Gobierno se encontraba en posesión de las fuerzas militares y policiales necesarias para asegurar la paz y el orden de la Nación, y que declaraba mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes; por lo tanto, le era aplicable la doctrina de los gobiernos de facto, "respecto a la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por él".

En 1943, en ocasión de otro gobierno de facto, la Corte Suprema repitió los conceptos de la acordada de 1930 (*Fallos*, 196:5).

Con posterioridad no hubo acordadas similares, aunque la Corte ha reconocido gobiernos de facto al referirse a sus atribuciones (ver § 817), juicio distinto al de su legitimidad o ilegitimidad.

§ 817. ***Competencias.*** – La Corte Suprema admitió tácitamente que el gobierno de facto de Mitre ("Martínez", *Fallos*, 2:142) contaba con competencias legisferantes (Quiroga Lavié).

Después de 1930, la jurisprudencia de la Corte reconoció las atribuciones del Poder Ejecutivo de facto ("Cahiza", *Fallos*, 177: 237), pero negó que un gobierno de esa índole tuviere facultades para establecer impuestos ("Frugoni Zavala", *Fallos*, 173:5, y "Mattaldi Simón", *Fallos*, 183:151) o normas penales ("Administración de Impuestos Internos", *Fallos*, 169:309).

La jurisprudencia posterior termina por decir que el gobierno surgido de una revolución triunfante tiene el poder de realizar todos los actos necesarios y, entre ellos, los de carácter legislativo, para el cumplimiento de sus fines ("Perón", *Fallos*, 238:76; "Molinas", *Fallos*, 270:367, y "Cambiaso", *Fallos*, 283:198). Entre esos actos se encuentra la atribución de reorganizar al Poder Judicial

("Arias", *Fallos*, 302:104); es decir, la facultad de destituir y nombrar magistrados judiciales; la de crear nuevos organismos y modificar los procedimientos ordinarios ("Perón", *Fallos*, 238:76), etcétera.

Hasta 1966, las leyes sancionadas por un régimen de facto se rotulaban como "decretos leyes". Durante los gobiernos de facto de 1966-1973 y 1976-1983, se llamaron "leyes".

Conviene advertir que, en ciertos casos, los gobiernos de facto ejercieron poderes constituyentes. Por ejemplo, en 1956, al derogar la Constitución de 1949 (ver § 248); en 1966, al dictar el Estatuto de la Revolución Argentina (ver § 253); en 1972, al sancionar el Estatuto Fundamental (ver § 254), etcétera. En "Kestelboim", la Corte Suprema reconoció que, en los hechos, el gobierno militar de 1976-1983 ejerció el poder constituyente (*ED*, 136-716).

§ 818. ***Término de validez de sus actos y normas.*** – La jurisprudencia de la Corte Suprema ha pasado por varias etapas.

Con relación al siglo XIX, el caso "Martínez" (*Fallos*, 2:142), no tuvo un pronunciamiento expreso sobre el punto. Producida la revolución de 1930, la Corte Suprema ("Administración de Impuestos Internos", *Fallos*, 169:309) patrocinó la tesis de que las normas dictadas por un régimen de esa índole concluían con él, y para su subsistencia posterior era necesaria otra ley que los convalidase, como efectivamente ocurrió en diferentes momentos (ver, p.ej., ley 14.467, año 1958, que convalida los decretos leyes dictados entre el 23/9/55 y el 30/4/58, que no hubiesen sido derogados por el Congreso).

Luego la jurisprudencia de la Corte cambió, en el sentido de afirmar que los decretos leyes dictados por el gobierno de facto son válidos, por razón de su origen, y continúan siéndolo durante el gobierno constitucional subsiguiente aunque no hayan sido ratificados por el Congreso ("Nación Argentina", *Fallos*, 218:298, y "Basi", *Fallos*, 222:63).

Con las institucionalizaciones operadas en 1973 y en 1983 hubo dos tentativas de recortar la última tesis que señalamos.

Poco después de la institucionalización de 1983, la Corte Suprema entendió que la subsistencia de las normas pronunciadas por el gobierno de facto, quedaba sujeta a que el gobierno constitucional las reconociera explícita e implícitamente ("Aramayo", *Fallos*, 306:73, y "Dufourq", *Fallos*, 306:175).

Sin embargo, más tarde, la Corte Suprema ("Gaggiamo", *JA*, 1992-II-203, y "Rodríguez Varela", *Fallos*, 315:2990) ha concluido que la validez o legitimidad de los actos de los gobernantes de facto vuelve a ser expresamente reconocida, mientras no sean revocados o derogados.

§ 819. ***Situación de los jueces removidos y nombrados por el régimen de facto.*** – Se ha indicado que la jurisprudencia de la Corte Suprema admitió la destitución de jueces constitucionales por un gobierno de facto ("Arias", *Fallos*, 302:104), y señaló que uno de ellos no tenía derecho a ser repuesto automáticamente por el posterior gobierno *de iure* ("Aramayo", *Fallos*, 306:72).

Respecto de los designados por regímenes de facto, la última jurisprudencia de la Corte indica que carecen de inamovilidad, y que el Poder Ejecutivo de iure puede reemplazarlos, nombrando a otros jueces con acuerdo del Senado ("Bosch", *Fallos*, 306:134, y "Dufourq", *Fallos*, 306:174). Esto rige aun para jueces que habían sido designados por un gobierno de iure, y luego quedaban confirmados o redesignados por un gobierno de facto ya que estos últimos actos importaban un nuevo título que desplazaba al inicial.

Es notorio que esta tesis olvida el principio de continuidad jurídica del Estado; pero se halla vigente, y está afianzada por el derecho consuetudinario constitucional argentino, que la ha aplicado ya en varias ocasiones.

§ 820. ***Ley de defensa de la democracia.*** – En 1984, la ley 23.077 –comúnmente llamada "de defensa de la democracia"– modificó varios preceptos del Código Penal, en particular los referidos al tít. X, cap. I, al que designó "Atentados al orden constitucional y a la vida democrática".

Es notorio que, con estas previsiones, se procura evitar en el futuro la consumación de golpes de Estado que, aparte de la alteración institucional que significaron en el pasado, tuvieron por lo común y a la postre una fuerte deslegitimación social, no obstante el grado inicial de consenso que algunos de ellos poseyeron ocasionalmente.

§ 821. ***Reforma de 1994. Cláusula del imperio constitucional.*** – El nuevo art. 36 principia diciendo que "esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos".

Según el miembro informante del despacho mayoritario, generado primero en la Comisión de Participación Democrática, el sentido de este precepto es claro: "combatir un mal endémico de nuestra cultura política: el golpe de Estado". La frecuencia de éstos, aclaró, ha provocado en la Argentina una suerte de "inconstitucionalización" de los mismos, con la complicidad de juristas, políticos y comunicadores sociales, que es necesario contrarrestar con la norma indicada.

Veamos cuáles son las pautas de interpretación de esta cláusula, conforme al mismo convencional informante ("Diario de Sesiones", p. 1393 y ss., *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4446).

a) La defensa del "orden institucional" es, en definitiva, la del "orden constitucional".

b) Se hizo especial referencia sobre la tutela del sistema democrático, porque el anterior texto constitucional no mencionaba siquiera la palabra "democracia". Pero la Constitución no acepta cualquier versión de la democracia, dijo, sino aquella respetuosa de ciertos valores. Así, se rechaza el totalitarismo democrático.

c) La norma tiene un sentido de futuro, y de efectos disuasorios: impedir la repetición de los golpes de Estado. De haber existido antes, explicó, no habría podido dictarse la acordada convalidatoria de la Corte Suprema, del 10 de septiembre de 1930.

d) La declaración de nulidad absoluta de los actos de fuerza "instala la posibilidad de revisar los actos que se dictasen por un gobierno de facto". De ello parece desprenderse que el golpe siempre será absolutamente nulo, pero todas las decisiones posteriores, eventualmente anulables.

e) La expresión "actos de fuerza" no involucra hechos de otra índole (no violentos, suponemos) que puedan provocar la interrupción de la observancia de la constitución. Para esos otros actos "de cualquier naturaleza", el presidente de la Comisión de Redacción aclaró que "están previstos en otros artículos de la Constitución nacional" ("Diario de Sesiones", p. 1490, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4503), aunque no especificó cuáles.

§ 822. ***Fuentes.*** – La parte inicial del art. 36, conforme al citado informe, deriva del art. 21 de la Const. nacional, que impone a todo ciudadano armarse en defensa de ella; de los arts. 15 y 21 de la Const. nacional de 1949; de algunos textos constitucionales provinciales (en especial, el de Córdoba de 1986) y de la ley de defensa de la democracia 23.077.

§ 823. ***Eficacia.*** – El propio miembro informante de la Comisión de Participación Democrática reconoció que el art. 36 no podía garantizar que no hubiese en el mañana un golpe de Estado, así como "los penalistas saben muy bien que por más castigos que existan en el Código Penal siempre va a haber delitos". Aun así, la regla es aleccionadora y destinada a desalentar aventuras golpistas ("Diario de Sesiones", p. 1399, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4449).

Para asegurar la realización de la cláusula inicial del art. 36, el mismo artículo diseña, en efecto, tipos penales y admite el ejercicio popular del derecho de resistencia a la opresión. Trataremos esos temas en los § 1153 y 1175.

CAPÍTULO XVIII

PODER MUNICIPAL

A) RÉGIMEN GENERAL

§ 824. *NORMAS CONSTITUCIONALES.* – La Constitución tiene escasas referencias a la organización de las municipalidades; por ejemplo: *a*) el art. 5° dispone que cada provincia dictará para sí una constitución, bajo ciertas condiciones; una de ellas es que *asegure su régimen municipal*; *b*) el art. 123, referido igualmente a las constituciones provinciales, indica que tendrán que sancionarse "asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero", y *c*) el art. 75, inc. 30, que admite poderes impositivos municipales sobre los establecimientos de utilidad nacional.

Los interrogantes que plantean estas normas, desde el punto de vista constitucional, son los siguientes: ¿qué tipo de organización programa la expresión "régimen municipal"?; ¿cuál es el alcance de la actual autonomía municipal?

§ 825. *EL RÉGIMEN MUNICIPAL.* – Esta expresión, como exigencia constitucional para la operatividad de las provincias y su garantía por la Nación, se ha interpretado de modo diferente.

a) *MUNICIPIO-CABILDO.* Es la idea de Alberdi: un municipio estructurado como "poder" provincial autónomo (al lado del Ejecutivo, Legislativo y Judicial), poseedor de una parte de la sobera-

nía popular, electos sus cabildantes mediante comicios (debía ser "la raíz principal de la organización democrática argentina"), con funciones técnicas más que políticas, aunque también judiciales (administraba la justicia civil y penal de primera instancia). Varias constituciones provinciales del período 1853/60 siguieron este esquema.

b) *Municipio arrinconado.* Es el municipio "de delegación", según la estructura y las competencias que a él asigne cada provincia, de modo absolutamente discrecional. No es una entidad política, sino administrativa, *autárquica.* Puede establecer tasas y quizá contribuciones de mejoras, pero no impuestos, salvo expresa autorización provincial.

c) *Municipio-Estado.* Una doctrina entiende que los municipios no nacen por voluntad de las provincias, sino por imperativo constitucional (el art. 5° exige la presencia de un "régimen municipal"), y esto impone reconocer su gobierno local, *autónomo* y *político* que puede contar con tres "poderes" locales: el Ejecutivo (encarnado por un intendente), el Legislativo (un concejo deliberante) y el Judicial (la justicia municipal de faltas). Incluso, podría haber un poder constituyente municipal (el que dicta la *carta* de cada población). De ahí que a este modelo se lo denomine "municipio de convención".

En las posiciones más nítidas al respecto, Korn Villafañe propone una "república representativa y municipal", y Bernard descubre en la Argentina tres órdenes de federalismo: el Estado-nación, el Estado-provincia y el Estado-municipio.

§ 826. ***Alternativas jurisprudenciales.*** – La jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido aquí zigzagueante. En un primer momento pareció adherirse a las directrices alberdianas, puntualizando que los municipios son *gobiernos* o *poderes* en los cuales reside parte de la soberanía popular ("Morana", *Fallos*, 9:219).

Sin embargo, posteriormente predominó en la Corte la doctrina del "municipio arrinconado", conforme a la cual éste no es más que una delegación de los poderes provinciales, circunscripto a fines y limitaciones administrativos, sujeto a la legislación provincial, y con las atribuciones fiscales que ésta les confiera ("Ferrocarril del Sud", *Fallos*, 114:282; "Cesari y Cía.", *Fallos*, 123:313;

"Municipalidad de Gral. Pueyrredón", *Fallos*, 154:25, entre otros). Indicó también que carecerían de poder político ("Maschio", *Fallos*, 185:12).

Pero, en 1989, la Corte Suprema ("Rivademar", *ED*, 133-536) formuló importantes correcciones a la tesis anterior. Indicó, por ejemplo, que los municipios tenían origen constitucional, y no meramente legal; por tanto, no podían ser disueltos por voluntad de las provincias; y éstas, a su vez, tampoco podían privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido (p.ej., la de designar a sus empleados y regular su número).

Hemos anticipado que si la Constitución habla de "*asegurar* el *régimen* municipal", da a entender que tal sistema debe ser robusto y estable; todo lo contrario del "municipio arrinconado", que es una caricatura de la propuesta constitucional. En definitiva, "Rivademar" (*ED*, 133-536) sienta la buena doctrina.

§ 827. ***Alternativas normativas.*** – Las provincias han establecido diferentes regímenes en materia de derecho municipal.

Altamente "municipalista" es la Constitución de Río Negro, que reconoce a sus municipios el derecho a dictar su propia carta orgánica, mediante una convención especial, otorgándoles autonomía política, administrativa y económica (art. 225). Los municipios (que deben contar con dos mil habitantes, como mínimo) pueden establecer tasas, contribuciones de mejoras e impuestos y convocar a consulta, iniciativa, plebiscito, referéndum y revocatoria de mandatos (arts. 226 y 228 a 230). Desde luego, sus autoridades son elegidas directamente por el pueblo del municipio, con representación proporcional en los órganos colegiados (art. 228). Por lo demás, la provincia sólo puede intervenir en los municipios en caso de acefalía total o cuando expresamente lo prevea la carta orgánica de éstos (art. 225).

En cambio, otras provincias no dejan a los municipios dictarse su carta orgánica, aunque de todos modos sus autoridades son generalmente electas por los propios habitantes del lugar (en muchos casos votan también los extranjeros; p.ej., art. 191, Const. de Buenos Aires). Ocasionalmente los intendentes son nombrados por una junta de electores, elegida del mismo modo (popular) que los concejales (art. 198, Const. de Mendoza); o por el propio Concejo Deliberante, entre los que encabezan las representaciones partida-

rias de concejales (art. 158, Const. de Corrientes, para los municipios de primera categoría). La ley orgánica de municipalidades, dictada por cada provincia, es la que, después de la Constitución, regula aquí la estructura de cada comuna, a menudo dividiéndolas en varias clases, según la población.

§ 828. ***La autonomía municipal en la reforma constitucional de 1994.*** – Como se indicó, el nuevo art. 123 obliga a las provincias a regular el alcance y contenido de la autonomía de sus municipios, en un quíntuple orden: institucional, político, administrativo, económico y financiero.

Según el convencional Prieto, miembro coinformante del despacho mayoritario, la nueva regla significaba de algún modo que el poder federal se inmiscuía en el poder de las provincias, aunque ello se hacía, explicó, para fortalecer el régimen federal. De todos modos, el nuevo texto constitucional no entraba en detalles –cosa que debían regular las provincias–, pero sí enunciaba los cinco niveles de autonomía que seguidamente explicamos.

a) El nivel *institucional*, dijo Prieto, implica que cada provincia debe contemplar sus particularidades para que las municipalidades accedan al grado mayor de autonomía, "que es el municipio de convención", lo que incluye el dictado de sus propias instituciones.

b) La autonomía *política* significa que los municipios tienen que elegir a sus propias autoridades.

c) Finalmente, la autonomía *económica* y *financiera*, calificada como de "importancia superlativa", determina que los municipios argentinos generen sus propias rentas, esto es, recaudar para invertir y controlar sus propios recursos, manejados independientemente de otro poder, "completando así las facultades de administración que le son propias" ("Diario de Sesiones", p. 3190 y 3191, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5379 y 5380).

Si se tiene en cuenta que el art. 75, inc. 30, de la Const. (también reformado en 1994) otorga a "las autoridades provinciales *y municipales*... poderes de policía e *imposición*..." sobre los establecimientos nacionales ubicados en las mismas, es evidente que los municipios cuentan igualmente con potestad para establecer impuestos sobre el resto de los habitantes de ellos. Desde luego, esta facultad puede generar una doble o triple tributación, uno de los costos –por cierto– que cabe sufragar si la constituyente de 1994 otorgó plenos poderes autonómicos a las municipalidades "en lo administrativo, económico y *financiero*", sin recortárselos de algún modo (sin embargo, por supuesto, esa doble o triple tributación no debe alcanzar el grado de confiscatoriedad para el contribuyente; ver § 761).

Con anterioridad, el otro convencional coinformante, Rampi, definió la autonomía municipal con cita de Rosatti, advirtiendo que comienza "cuando se le reconoce a la municipalidad las facultades de dictarse su propia norma fundamental", es decir, su carta orgánica ("Diario de Sesiones", p. 3185 y 3187, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5376 y 5377). En resumen, del mensaje constituyente parece desprenderse que el actual art. 123 demanda que las comunas o municipalidades sancionen su carta orgánica, elijan a sus gobernantes, establezcan sus tributos, los cobren y gasten y operen por sí mismas.

Es evidente que muchas constituciones provinciales no satisfacen esos recaudos.

De acuerdo con lo señalado, las municipalidades cuentan ahora con derechos de autonomía fundados en la propia Constitución nacional. Esos poderes autonómicos pueden ser reglados en su alcance y contenido por las provincias (aunque sin desnaturalizarlos), conforme indica el art. 130 de la normativa, pero nacen de ésta. Sin embargo, en "Telefónica de Argentina c/Municipalidad de Luján" (*DJ*, 1997-3-531), la Corte Suprema sostuvo que "las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen", lo que podría conducir a pensar –erróneamente, apuntamos– que reciben su autonomía no de la voluntad constituyente nacional, sino de las provincias.

Posteriormente, la Corte Suprema ha señalado que, cuando un municipio cuestiona actos emanados de una provincia, por poner en peligro la existencia del primero, debe probar de qué manera esos actos contrarían la Constitución nacional y le causan un peligro concreto.

También indicó que el art. 123 no le confiere a los municipios el poder de reglar sus materias propias sin sujeción a límite algu-

no, y que deja en manos de la reglamentación de las provincias determinar el "alcance y contenido" de la autonomía municipal, aunque debe darse el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación del mencionado art. 129 ("Municipalidad de La Plata", *Fallos*, 325:1249, y "Cadegua", *Fallos*, 327: 4103), y siempre dentro de lo razonable ("Ponce", *Fallos*, 328:175). Tales lineamientos resultan aceptables, máxime con la última prevención que citamos.

B) Estatuto jurídico de la Ciudad de Buenos Aires

§ 829. ***Reforma constitucional de 1994.*** – El nuevo art. 129 de la Const. nacional dispone que "la Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones".

Esta cláusula estuvo insertada en el llamado "Pacto de Olivos", y en la Convención Constituyente fue sostenida por el miembro coinformante del despacho mayoritario, García Lema, con diversas explicaciones.

En definitiva, la Ciudad de Buenos Aires tiene un estatus constitucional especial ("Diario de Sesiones", p. 2221, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4689). Esto suscita una profunda discusión sobre la naturaleza jurídica de la ciudad, que a todas luces es *más* que un municipio (ya que el referido art. 129 le concede explícitos poderes de "legislación y jurisdicción", aunque sin delimitarlos), pero *menos* que una provincia (según el convencional García Lema, quien aclara que no podría dictarse una constitución, como éstas; está recortada en sus atribuciones por la ley de garantía de los intereses federales, etc.), aun-

que sin embargo (en ciertos casos) se asimila a una provincia (p.ej., en materia de intervención federal, según el art. 75, inc. 31, o para conservar organismos de seguridad social, a tenor del art. 125). Además, está situada en el título de la Constitución concerniente o los "Gobiernos de provincia".

En verdad, la Ciudad de Buenos Aires se aproxima a una *semiprovincia* (Dromi-Menem), o *cuasiprovincia*, cuyo territorio está íntegramente *federalizado* conforme con el art. 3° de la Const. nacional. De modo relativamente similar a la ciudad de Brasilia, es un *ente autónomo tutelado*, cuya función principalísima es (allá como acá) servir de sede al Gobierno federal (Lewandowsky). En nuestro caso, esa tutela se expresa, de modo especial, por la ley de garantía de los intereses federales, y por el hecho de conservar el Congreso de la Nación poderes legislativos *residuales* sobre la Ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la Nación. En efecto, el art. 75, inc. 30, de la Const. nacional puntualiza que el Poder Legislativo federal ejerce una "legislación exclusiva" sobre el territorio capitalino, pero la cláusula transitoria séptima de la reforma de 1994 aclara que esas atribuciones legislativas las ejerce sobre la Ciudad de Buenos Aires, en tanto sea capital de la República, en la medida en que la Nación las "conserva" con arreglo al art. 129, esto es, en cuanto las retenga de acuerdo con la ley de resguardo de los intereses federales.

Como dato relevante debe observarse que la delimitación concreta de competencias entre la Nación y la Ciudad de Buenos Aires (y por ende, el grado de su autonomía, de sus poderes legislativos y jurisdiccionales, de la presión de la tutela federal, etc.), no fue realizada por el constituyente de 1994, quien de hecho delegó tal trabajo en poderes constituidos, como el Congreso de la Nación y la convención local que debía dictar el estatuto organizativo de la ciudad. Tal imprecisión hace que el cupo de atribuciones de la Ciudad de Buenos Aires pueda no ser fijo, sino *móvil* (en la medida en que cambien la ley aludida, o el estatuto) y *discutido* (si, p.ej., el Estatuto asume facultades que la ley de garantía de los intereses federales reserva para la Nación), como de hecho ya ha ocurrido. De haber conflictos, la cuestión deberá ser dilucidada por el Poder Judicial, que tendrá que expedirse acerca de si la ley federal de garantías resguarda o no genuinos intereses federales en los puntos en debate.

§ 830. ***Hipótesis de descapitalización.*** – La Convención Constituyente de 1994 contempló explícitamente el supuesto de que la Ciudad de Buenos Aires deje de ser en el futuro capital de la Nación. Ello aparece en el párr. 2° del art. 129 (convencional García Lema, miembro coinformante del despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 2221, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 4889).

En tal supuesto, el Congreso dejará de tener competencias legislativas en la Ciudad de Buenos Aires (arg. art. 75, inc. 30, y disposición transitoria séptima). La Ciudad conservará sus tres senadores (art. 54) y obviamente los diputados electos en ella (art. 45). Por supuesto, no regirá en dicha Ciudad de Buenos Aires la ley de garantía de los intereses federales (art. 129), aunque podrá ser intervenida por la Nación (art. 75, inc. 31). Continuará con representación en el organismo ocupado de fiscalizar la ley convenio en materia de impuestos (art. 75, inc. 2).

§ 831. ***Ley de garantía de los intereses federales.*** – Esa ley, prevista por el art. 129 de la Const. nacional, fue sancionada (y promulgada) en noviembre de 1995 con el número 24.588 (ley "Cafiero"). Rige hasta tanto Buenos Aires sea capital de la República, "para asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del Gobierno de la Nación" (art. 1°).

a) *Deslinde de competencias.* Como regla, la Nación conserva todas las atribuciones no otorgadas por la Constitución nacional o por la ley 24.588 a la Ciudad de Buenos Aires (art. 1°). También conserva su jurisdicción en todos los inmuebles que sirvan de asiento a los poderes de la Nación, o propiedad de ella, o afectados a su servicio (conf. art. 3°).

Se reconoce a la Ciudad de Buenos Aires la facultad de disponer, mediante su estatuto organizativo, la estructura de sus autoridades, incluyendo al jefe de Gobierno y sus "legisladores" (art. 4°).

La Ciudad de Buenos es la continuadora jurídica de la Municipalidad de Buenos Aires (art. 5°).

b) *Seguridad.* Lo atinente a este rubro es competencia nacional. La Policía Federal continuará cumpliendo sus funciones de seguridad y auxiliar de la justicia. La Ciudad de Buenos Aires

no podrá crear organismos de seguridad sin permiso del Congreso nacional (art. 7°).

c) *Justicia.* La judicatura nacional ordinaria mantendrá su situación en el Poder Judicial de la Nación. La Ciudad de Buenos Aires tendrá jueces "en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contenciosoadministrativa y tributaria locales" (art. 8°). Actualmente se planifica el traspaso de aquella justicia ordinaria nacional a la ciudad autónoma (§ 591).

En principio, los recursos financieros de la Ciudad los fija ella misma (art. 13), pero con sujeción al art. 9°, incs. *b*, *c* y *d*, de la ley 23.548.

Las relaciones Nación-Ciudad no son fijas, ya que la ley 24.588 prevé convenios para la transferencia de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes.

Para la coordinación se crea la Comisión Bicameral del Congreso "Ciudad de Buenos Aires" (arts. 6° y 15).

En concreto, se trata de averiguar si existe un auténtico interés federal en el mantenimiento, bajo el poder central, de las competencias que se reserva por la ley 24.588. La custodia de sus establecimientos y aun la reserva de las fuerzas de seguridad, resulta razonable. La jurisdicción nacional sobre el Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia apunta, en cambio, a algo más discutible. La conservación de la judicatura nacional ordinaria es también opinable, pero el antiguo texto del art. 129 de la Const. nacional posibilita que, de haber dudas, prevalezca la delimitación que haga el legislador federal, en tanto haya algún ingrediente aceptable de razonabilidad, cosa que parece ocurrir. De todos modos, de haber conflicto jurídico, será resuelto por el Poder Judicial.

§ 832. ***El proceso constituyente porteño. Ley de convocatoria.*** – La ley 24.620 (llamada "Snopek") abrió dos instancias electorales.

Por un lado, dispuso la elección de un jefe y de un vicejefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. El primero estaba previsto por el art. 129 de la Const. nacional, pero el segundo no, y era privativo del estatuto organizativo a dictarse por la propia

Ciudad crear o no tal funcionario. Por ende, el art. 1° de la ley 24.620 pecó en tal aspecto de inconstitucionalidad.

La ley 24.620 dispuso realizar las elecciones de estatuyentes según el sistema D'Hont de representación proporcional vigente para la designación de diputados nacionales. El jefe y vicejefe de Gobierno fueron electos directamente por el cuerpo electoral, a simple pluralidad de sufragios. En todos los casos, se requirió tener las condiciones para ser diputado nacional: arts. 3° y 5°.

§ 833. *Cuestionamiento de las leyes "Cafiero" y "Snopek".* A poco de instalada la asamblea estatuyente, ella decidió, el 2 de agosto de 1996, declarar "no conocer otros límites para su labor que no sean los que surgen de la Constitución nacional, art. 129 y concordantes", y rechazar por inconstitucionales "las limitaciones impuestas a la plena autonomía de la Ciudad de Buenos Aires por la ley 24.588, en cuanto imponga restricciones al régimen del gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción establecidas en la Constitución nacional". Al mismo tiempo, dispuso "reivindicar la facultad de esta asamblea constituyente para fijar los modos y plazos de la convocatoria a elecciones legislativas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" y dirigirse al Congreso nacional solicitándole la urgente modificación de la ley 24.588, para adaptarla al régimen de autonomía plena del art. 129 de la Const. nacional.

La convención en definitiva, culminó en tiempo sus deliberaciones, sancionando el 1° de octubre de 1996 "la presente Constitución como estatuto organizativo de la Ciudad de Buenos Aires" (Preámbulo). A esta última se la llamó también "Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (art. 2°), o "el Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", a tenor del art. 7° de la Constitución-Estatuto. Todas estas expresiones implican un alarde de la convención estatuyente, en aras de parecerse a una provincia más.

§ 834. *La Constitución-Estatuto de la Ciudad de Buenos Aires. Perfil ideológico. Parte dogmática.* – Además de una remisión genérica de la Constitución-Estatuto a los derechos enunciados en la Constitución nacional y en los tratados internacionales (art. 10), el nuevo instrumento enuncia explícitamente otros, entre los que cabe citar los siguientes.

a) *Identidad.* Se consagra el derecho a la identificación inmediata al nacimiento, la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad, y se asegura el funcionamiento de reparticiones estatales que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación (art. 12).

b) *Igualdad.* Queda garantizado el "derecho a ser diferente", y resultan expresamente prohibidas las discriminaciones por orientación sexual, ideología, raza, etnia, género, edad, religión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social o económica (art. 11).

En los arts. 24 y 38 se incorpora la llamada "perspectiva de género", expresión postulada principalmente por los movimientos feministas, que aconseja analizar los problemas de los derechos de la mujer *por* y *desde* una óptica femenina, partiendo del supuesto de que su condición "es el resultado de una relación de dominación del sexo masculino sobre el femenino", según González Amuchástegui. Con la misma orientación, la Constitución-Estatuto utilizó un "lenguaje no sexista", para evitar, se dijo, que ella sea un mero "pacto de hombres".

c) *Derechos reproductivos y sexuales.* Los arts. 21, inc. 4, y 37, tratan sobre ellos, vinculados con la elección responsable de la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos, la igualdad de derechos y responsabilidades de hombres y mujeres como progenitores. En la literatura actual, cabe alertar que con la expresión de "derechos reproductivos" se incluye, a menudo, el derecho a abortar. La Constitución-Estatuto nada aclara al respecto, aunque resulta sugestivo que en su largo listado de derechos nada diga claramente en favor de la persona por nacer, silencio por cierto harto elocuente cuando, por ejemplo, sí se ocupa de controlar la reproducción de los animales con métodos éticos (art. 27, inc. 5).

d) *Garantías procesales y penales.* El texto inserta, por ejemplo, el derecho de los habitantes a que no se les retengan documentos de identidad, el sistema acusatorio (por ende, no inquisitivo) en los sumarios, doble instancia, prohibición de escuchas

telefónicas sin autorización judicial. Condena asimismo el estado de peligrosidad sin delito, al "derecho penal de autor", y obligó a la Legislatura local a sancionar un código contravencional y de faltas, en reemplazo de los antiguos edictos policiales. Se prohíben las declaraciones de detenidos en sede policial (art. 13).

e) *Educación.* La Constitución-Estatuto propone un sistema "tendiente a un desarrollo integral de la persona" (art. 23), pero declara a la educación pública como laica, en todos sus niveles y modalidades (art. 24), contraviniendo así el art. 12, inc. 4, del Pacto de San José de Costa Rica, que asegura a los padres y tutores el derecho a que sus hijos y pupilos reciban la educación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Entre otras metas, la educación pública se asegura "desde los cuarenta y cinco días de vida" (?) hasta el nivel superior, subrayándose en ella la enseñanza de los derechos humanos y la educación sexual.

f) *Otros derechos y políticas.* La salud ha merecido una atención especial, obligándose incluso la Ciudad de Buenos Aires a suministrar gratuitamente medicamentos básicos y la atención médica integral, sin perjuicio de la compensación económica para los servicios prestados a personas con cobertura social o privada (art. 20). Hay asimismo declaraciones constitucionales relativas al deporte, las personas mayores y discapacitados, el turismo, el trabajo y la juventud.

g) *Ética pública.* En esto, la Constitución-Estatuto aspira a un positivo saneamiento institucional. Por ejemplo, elimina los regímenes previsionales de privilegio (art. 44); restringe los "blanqueos" y moratorias impositivas (art. 51); declara públicos a todos los actos de gobierno (art. 1°, lo que importa negar los decretos y leyes secretos); elimina los gastos reservados, secretos o análogos (art. 53); obliga a los funcionarios a presentar una declaración jurada de sus bienes (art. 56); limita los gastos del Poder Legislativo al 1,5% del presupuesto; abre un banco de datos, de acceso público, para registrar todo acto patrimonial relevante (art. 132), etcétera.

Con lo dicho, sumado al decidido empeño de "superar las condiciones de pobreza" (art. 17), la adhesión a la democracia participativa (art. 1°) y la incorporación del principio de justicia social (art. 48), la Constitución-Estatuto se identifica con el Estado social de derecho, según pautas de centro-izquierda, con un esquema democrático de poder, como se verá a continuación.

§ 835. ***El estatuto del poder.*** – La Constitución-Estatuto programa los siguientes órganos:

a) *Poder constituyente.* Su reforma, total o parcial, debe ser declarada por una ley aprobada por mayoría de dos tercios del total de los miembros de la Legislatura. La enmienda es realizada posteriormente por la Convención Constituyente, según el temario y los plazos fijados por aquella ley (art. 60).

b) *Poder electoral.* El sufragio es igual, universal, secreto, obligatorio y no acumulativo. Los extranjeros residentes gozan de él al igual que los argentinos (art. 62).

Hay variables principales de participación ciudadana: *1*) las audiencias públicas, donde se discuten temas de interés general, resultando algunas opcionales y otras obligatorias; *2*) el ejercicio del derecho popular de iniciativa de leyes; *3*) la consulta popular vinculante, y *4*) la consulta popular no vinculante.

c) *Poder Legislativo.* Lo desempeña una Legislatura unicameral, con sesenta diputados, que duran cuatro años, renovables en forma parcial cada dos (art. 69).

Entre las competencias de la Legislatura están las de dictar los códigos contravencional y de faltas, contenciosoadministrativo, tributario, alimentario y los procesales, los de planeamiento urbano, ambiental y de edificación, sancionar el presupuesto, aprobar los tratados celebrados por el jefe de gobierno, crear los organismos de seguridad social para empleados públicos y profesionales, el código electoral y la ley de partidos.

Para el "juicio político", al gobernador o vicegobernador, ministros y miembros del Tribunal Superior de Justicia y otros funcionarios descriptos por el art. 92, la Legislatura se desdobla en una sala acusadora y otra juzgadora. En ambas se requieren los dos tercios de los miembros de cada una de ellas, para acusar y destituir.

d) *Poder Ejecutivo.* Lo desempeña un "jefe de Gobierno" o "gobernador" (art. 95), aunque también hay un vicejefe o vicegobernador (art. 96), que preside la Legislatura. Ambos son electos popularmente, por fórmula completa, y con mayoría absoluta (más del 50%) de los votos emitidos. De no haber esa mayoría, tendrá que realizarse una segunda vuelta, o *ballottage*, entre las dos fórmulas más votadas.

El jefe de Gobierno puede emitir decretos de necesidad y urgencia, en circunstancias de excepción. Ellos deben ser remitidos a la Legislatura para su ratificación dentro de los diez días posteriores a su dictado, y ella debe expedirse en otros treinta. Los decretos no ratificados, pierden vigencia (arts. 91 y 103).

e) *Poder Judicial.* Está a cargo del Tribunal Superior de Justicia, designado por el jefe de Gobierno con acuerdo calificado de dos tercios de los miembros de la Legislatura (art. 111). Tiene competencia originaria para dirimir los conflictos de poderes, resolver los recursos y las acciones declarativas de inconstitucionalidad, y puede derogar la norma declarada inconstitucional, salvo que la Legislatura la ratifique con una mayoría de dos tercios de los miembros presentes, dentro de los tres meses de la sentencia del Tribunal Superior. De darse tal supuesto, la ley es reputada inconstitucional solamente para el caso concreto (art. 113).

El Consejo de la Magistratura (que aquí forma parte del Poder Judicial) tiene competencias parecidas al pergeñado por la Constitución nacional en 1994. Administrará, pues, el presupuesto judicial. Lo forman nueve miembros: tres elegidos libremente por los jueces, tres abogados electos por sus pares, y tres vocales más, nombrados por la Legislatura (art. 115).

Los jueces del Tribunal Superior de Justicia son removidos mediante el juicio político. Los restantes, previa acusación del Consejo de la Magistratura, por el Jurado de Enjuiciamiento formado con tres legisladores, tres abogados y tres jueces (art. 121).

f) *Las comunas.* Cuando entren en operaciones funcionarán como "unidades de gestión política y administrativa con competencia territorial" (art. 127).

g) *Órganos de control.* Se programan los siguientes: la Sindicatura General, a quien le toca el control interno (art. 133); la

Procuración General, que dictamina sobre la legalidad de los actos administrativos y tiene a su cargo la defensa del patrimonio de la Ciudad y su patrocinio letrado, así como su representación ante los tribunales (art. 134); la Auditoría General, que depende de la Legislatura, y realiza el control externo del sector público, pensada como órgano colegiado de siete miembros (arts. 135 y 136); el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos, cuyo directorio, de cinco "profesionales expertos", ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de tales servicios.

Otro órgano importante es la Defensoría del Pueblo, de tipo extrapoder, a quien le corresponde la tutela y promoción de los derechos humanos y demás derechos constitucionales, nacionales y locales, o legales, frente a actos de la Administración o de prestadores de servicios públicos. Tiene legitimación procesal (art. 137).

§ 836. *Normas transitorias. Evaluación.* – A fin de conciliar las oposiciones entre la Constitución-Estatuto y la ley 24.588, de resguardo de los intereses federales, la cláusula transitoria segunda aclara que las disposiciones de ella que no puedan entrar en vigor en razón de las limitaciones de hecho impuestas por la segunda, "no tendrán aplicación hasta que una reforma legislativa o los tribunales competentes habiliten su vigencia".

Esto último es curioso, ya que importa una suerte de explícita atribución de facultades constituyentes a la judicatura (¿nacional o local?).

En síntesis, existe una grave dosis de inseguridad jurídica en torno de cuáles artículos de la Constitución-Estatuto rigen efectivamente, y cuáles están suspendidos.

El estatuyente debió, en rigor de verdad, definir claramente las reglas vigentes y las no vigentes.

Parte Tercera

ESTATUTO DE LOS DERECHOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

CAPÍTULO XIX

DERECHOS CONSTITUCIONALES

A) INTRODUCCIÓN

§ 837. ***DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS DE LOS HABITANTES.*** – Desde un punto de vista técnico, el subprincipio constitucional de *distribución* (§ 17) exige que se delimiten las competencias de las autoridades públicas y los derechos de los habitantes. Desde una perspectiva axiológica, la declaración de los derechos de las personas y grupos en la constitución se presenta como *condición de legitimación* del Estado de derecho (Pérez Luño): si no hay un adecuado régimen constitucional en materia de derechos y garantías, el Estado del caso no tiene justificación, ni es un auténtico *Estado constitucional.*

§ 838. ***DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS.*** – Con el rótulo de "derechos humanos" se comprende una serie de atributos y facultades del individuo como tal, esenciales para su vida y desarrollo.

El tema ha tomado tal auge que se ha *internacionalizado.* La tutela de esos derechos humanos es parte del *bien común internacional,* y se refleja en numerosos instrumentos supranacionales o interestatales (piénsese en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, etcétera). Ha generado, también, disciplinas nuevas, como la "teo-

ría de los derechos humanos" (García Bauer), o "derechos humanos y garantías" (así denominada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires).

Generalmente, los *derechos constitucionales* coinciden con los *derechos humanos*, pero también hay diferencias. Por ejemplo, el derecho de un argentino naturalizado a no prestar servicio militar durante los diez años posteriores a su carta de ciudadanía (art. 21, Const. nacional); o de un trabajador a participar en las ganancias de su empresa (art. 14 bis), son derechos "constitucionales" en la Argentina, pero no específicamente llamados "derechos humanos", en sentido estricto, por la doctrina contemporánea.

También es factible que una constitución no contenga uno o más de los denominados *derechos humanos*, o que una constitución rechace uno de los *derechos humanos*. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América, por ejemplo, reputa inconstitucional el *derecho de réplica* (caso "Miami Herald v. Pat Tornillo").

Finalmente, puede ocurrir que una constitución *constitucionalice* los derechos humanos. Así, el art. 105 de la Const. del Perú, de 1979 expresaba: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional".

§ 839. ***Derechos constitucionales y garantías constitucionales.*** – La Constitución nacional parece diferenciar los *derechos* de las *garantías*, ya que utiliza ambas palabras en algunas ocasiones (así, como título del Capítulo Único de la Parte Primera, o en el art. 33), y no cabe presumir que la Constitución sea redundante.

Una distinción teórica puede ser la siguiente: mientras los *derechos* importan *facultades* o *atribuciones*, las *garantías* significan *herramientas* o *medios* para efectivizar los derechos. Por ejemplo, tengo el derecho a transitar libremente por el territorio argentino (art. 14), y la garantía del hábeas corpus si me violan tal derecho (inferida del art. 18, Const. nacional); "el derecho es lo protegido, la garantía es la protectora" (Lazzarini).

Sin embargo, la diferenciación entre *derechos* y *garantías* no siempre es nítida.

§ 840. ***Derechos constitucionales y derechos subconstitucionales, provenientes del derecho interno. Doctrina de la interpretación armonizante.*** – La Constitución reconoce explícita e implícitamente ciertos derechos, que son, obviamente, *constitucionales*. Pero hay otros que emanan de fuentes subconstitucionales, tal el caso de una ley, decreto o resolución: por ejemplo, el derecho a obtener una beca, otorgado por una universidad nacional.

La diferencia entre un derecho insertado en la Constitución y otro que esté fuera de ella –puntualizó la Corte Suprema– es que el primero no debe ser negado ni bastardeado por el legislador ordinario, y debe ser aplicado obligatoriamente por los jueces en los casos concretos, se halle o no incorporado a la legislación ("Portillo", *Fallos*, 312:496). Rige, por tanto, por voluntad del poder constituyente.

La dimensión y operatividad de un derecho *subconstitucional* deriva de la norma subconstitucional que lo creó, y de la voluntad de su autor (p.ej., el Congreso), que puede a su vez extinguirlo o cambiarlo. De todos modos, el derecho subconstitucional emergente de normas de derecho interno se lo debe entender y hacer funcionar según las pautas y principios de la Constitución. De acuerdo con la doctrina de la *interpretación armonizante*, la hermenéutica de cualquier norma inferior a la Constitución –ha dicho la Corte– "debe practicarse de modo que concuerde con los principios, derechos y garantías consagrados por la Constitución" ("SA Basseler Ltda.", *Fallos*, 248:128, y "Luna", *Fallos*, 307:146), en tanto eso sea posible sin violentar el espíritu o la letra de la norma interpretada ("Outón", *LL*, 126-292).

§ 841. ***Compatibilización entre los derechos constitucionales y los provenientes del derecho externo. Problemática de la jurisdicción transnacional.*** – La Argentina ha reconocido jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) a ciertos derechos provenientes de pactos o convenciones internacionales, a saber:

a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

b) Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948).

c) Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, 1969).

d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966).

e) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) y su Protocolo facultativo.

f) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (ONU, 1948).

g) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ONU, 1967).

h) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979).

i) Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (ONU, 1984).

j) Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989).

Esa categoría constitucional lo es "en las condiciones de su vigencia", vale decir, con las reservas y declaraciones formuladas por la Argentina en oportunidad de aprobarlas por ley y ratificarlas. Hay que tener en cuenta que al permitir el art. 75, inc. 22, de la Const. nacional dar, en el futuro, rango constitucional a otros documentos internacionales, previa decisión de las dos terceras partes de cada Cámara del Congreso, el listado anterior puede ampliarse. Tal ha sido el caso de la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas y la de Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ver § 293).

Cabe, en todo caso, compatibilizar la Constitución con todos estos instrumentos internacionales ("Cavallo", *Fallos*, 327:4376).

Además nuestro país ha suscripto otros tratados o convenciones en materia de derechos humanos que no tienen rango constitucional, pero que de todos modos son superiores a las leyes comunes, según el art. 75, inc. 22 *in limine*, de la Const. nacional.

En materia de *jurisdicción supranacional*, esto es, de la erección de órganos con papeles judiciales cuyos pronunciamientos pueden invalidar decisiones de autoridades argentinas, cabe destacar (art. 75, inc. 22, Const. nacional) a la ley 23.054, que incorpora al derecho argentino la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada habitualmente Pacto de San José de Costa Rica. Además de enunciar este documento una serie de derechos, crea dos organismos específicos: la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

La *Comisión* cumple roles *consultivos* (art. 41, inc. *e*, Pacto de San José), ya que evacua los dictámenes que le requieren los Estados miembros, asesorándolos al respecto, y funciones de *control*, puesto que formula recomendaciones a los gobiernos de los Estados para el respeto a los derechos humanos (art. 41, *b*). Pero también realiza funciones *instructorias*: ante denuncias por violación a los derechos enunciados en el Pacto, y previo agotamiento de los recursos y procedimientos previstos en el derecho interno de cada Estado, requerirá informes a éste (art. 48) y, en su caso, realizará una investigación. De resultas de ella, y de no haber una solución amistosa al problema, la Comisión redactará un informe con sus conclusiones, que puede incluir proposiciones y recomendaciones (art. 50). Para la hipótesis de constatarse una violación a los derechos humanos, y no resolverse adecuadamente, la Comisión o el Estado del caso pueden remitir el asunto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (arts. 50 y 51).

Esta Corte desempeña funciones *consultivas*, para interpretar la Convención o, a solicitud de cualquier Estado, para determinar la compatibilidad de cualquiera de sus leyes internas con el Pacto (art. 64, incs. 1° y 2°). También realiza papeles *jurisdiccionales* en los casos que le presenten los Estados o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (no cabe, por tanto, el acceso directo de los perjudicados por un acto lesivo a los derechos humanos). Si la Corte entiende que hubo violación a un derecho protegido por el Pacto, dispondrá que se garantice al lesionado el goce de ese derecho. Puede disponer también una *justa indemnización* a la parte afectada (art. 63). El fallo del tribunal es "definitivo e inapelable" (art. 67), y los Estados se comprometen a cumplir la decisión de la Corte (art. 68, inc. 1°). La indemnización se ejecuta en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado (art. 68, inc. 2°). De no ser acatado el fallo, la Corte señalará el incumplimiento y formulará las recomendaciones pertinentes en el informe anual a la Organización de los Estados Americanos (art. 65).

Conforme a lo expuesto, la decisión de la Corte Interamericana bien puede dejar sin efecto la resolución de una autoridad argentina (incluso una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) si la reputa violatoria a los derechos humanos consagrados en el Pacto.

Desde esta perspectiva, nuestra Corte Suprema ha dejado, en verdad, de ser "suprema" porque sus decisiones, en la materia que enfocamos, no resultan últimas e irrevisibles (en definitiva, no tienen fuerza de cosa juzgada material).

De todos modos, se impone una mutua concordancia entre las autoridades nacionales y las supranacionales.

Por un lado, al aplicar el derecho constitucional argentino, el juez local deberá conocer y efectivizar también el Pacto de San José de Costa Rica, y la interpretación que le dio la Corte Interamericana. Esa adecuación de nuestros tribunales a la exégesis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos apunta en "Ekmekdjian c/Sofovich" (*LL*, 1992-C-543), se afirma después en "Giroldi" (*LL*, 1995-D-461), y en "Portal de Belén" (*Fallos*, 325:292), como especialmente en "Simón" (*Fallos*, 328:2056, y *JA*, 2005-IV-377), y en "Espósito" (*Fallos*, 327:5668) y es otra hipótesis de interpretación armonizante. Cabe alertar que, en "Bramajo" (*LL*, 1996-E-409), la Corte Suprema argentina dijo que "la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales" del Pacto de San José de Costa Rica.

También ha señalado la Corte Suprema que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sirve como pauta interpretativa de dichos derechos ("Llerena", *Fallos*, 328:1491).

En "Cantos", la mayoría de la Corte Suprema adoptó una actitud renuente ante una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que conminaba al Estado argentino a no cobrar a José M. Cantos una tasa de justicia y multas por su falta de pago, y a fijar en un monto razonable los honorarios regulados, entre otras medidas ("Cantos", *Fallos*, 326:2968). El alto tribunal dispuso desestimar la presentación del procurador del Tesoro, que requería la efectivización de la sentencia de la Corte sudamericana, por cuanto no se había oído en la instancia internacional a los beneficiarios de los honorarios, con lo que podían vulnerarse derechos adquiridos.

Además, puntualizó que lo peticionado debía tramitarse en una causa judicial. La observación respecto del trámite que debe seguirse es atendible, y motiva aprobar una ley de ejecución de los fallos de la Corte Interamericana.

B) Efectos. Base ideológica

§ 842. ***¿Qué significa contar con un derecho constitucional? Principios y derechos.*** – La declaración de un derecho por parte de la Constitución puede provocar ciertas consecuencias mínimas (Nino).

a) *Derecho como permiso directo.* En esta hipótesis, la Constitución autoriza la realización de una conducta: "profesar libremente el culto" (art. 14); "derecho a casarse" (art. 20), etcétera.

b) *Derecho como correlato de obligaciones activas o pasivas.* Así entrevisto, un derecho constitucional significa el deber de los demás *de hacer algo* en favor de su titular (p.ej., para los empleadores, proporcionar "condiciones dignas y equitativas de labor" a sus dependientes, art. 14 bis), o también *de no hacer algo* (así, el art. 17 *in fine* advierte: "Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie").

Para la Corte, el Estado no solamente no debe atacar a los derechos humanos, sino que debe garantizarlos ("Arancibia", *Fallos*, 327:3312).

c) *Derecho como demanda.* En esta versión, de raigambre kelseniana, tener un derecho importa poder reclamar judicialmente un comportamiento determinado.

d) *Derecho como inmunidad.* Algunas veces, contar con un derecho constitucional quiere decir que una conducta no podrá ser regulada de algún modo por el Estado, el que entonces carecería de *competencia normativa*. El art. 32 de la Const. nacional señala que "el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal".

§ 843. ***Fundamento ideológico de los derechos constitucionales.*** – Los derechos enunciados en una constitución, como los incluidos en los catálogos habituales de los derechos humanos, están sostenidos por una o más ideologías políticas. No existen derechos constitucionales *neutros* o asépticos políticamente.

En el ámbito del derecho comparado, los fundamentos ideológicos de los derechos constitucionales son de tipo *positivista-voluntarista* (cuando se entiende que únicamente existen por decisión estatal y en la medida en que los defina ese Estado); de raíz *iusnaturalista* (si se los juzga preexistentes y superiores a la resolución estatal de reconocerlos); de corte *individualista* (si privilegian la satisfacción de las metas de cada uno, en particular el espíritu de lucro y de acumulación ilimitada de riqueza) o *solidarista* (en el sentido de que, antes de la realización de unos bienes y derechos individuales, corresponde cubrir una serie de necesidades comunitarias mínimas, como salud, habitación o educación); de tipo *autoritario* (si el valor libertad es atendido secundariamente, prefiriéndose, en este caso, una concepción *transpersonalista* que engrosa las competencias del Estado) o, en cambio, de vertiente humanista, propicia a admitir un amplio cupo de derechos de base *personalista*.

§ 844. ***Constitución argentina.*** – En ella es innegable una fundamentación *iusnaturalista* de los derechos constitucionales, lo que importa sostener que nacen de fuentes extraconstitucionales, de un derecho *superior* al derecho positivo (este último, puesto por el Estado), incluso superior a la misma Constitución (Miller - Gelli - Cayuso).

Debe advertirse, sin embargo, que existen distintas versiones del iusnaturalismo, ya que una, de tipo *trascendente* (o realista-cristiano), es *teísta*, fundamentando los derechos en última instancia en Dios. Otra corriente iusnaturalista, de tipo *inmanentista*, los describe como emanados de la misma naturaleza humana. El propio hombre es aquí su fuente.

Para el caso argentino, en 1860, la Convención Examinadora de la Convención bonaerense (§ 233) habló de "los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza", pero acto seguido se refirió a los mismos derechos naturales de los hombres y de los pueblos "constituidos por la Divina Providencia". En el mismo escenario constituyente, Sarmiento y "El Redactor" de la Convención mencionan la evolución cultural del hombre y del pensamiento cristiano, mientras que Mitre y Vélez Sársfield subrayan, principalmente, a los derechos como producto de la razón o de la naturaleza del hombre.

§ 845. ***Individualismo liberal versus cristianismo tradicional.*** – Aparte de lo dicho, la Constitución tiene el conflicto latente entre su sector liberal-individualista, inspirado en la escuela fisiocrática y su "dejar hacer, dejar pasar", que pregona como factor fundamental del orden social el afán del propio engrandecimiento, es decir, "un egoísmo bien entendido" (son todas palabras de Alberdi), y el tramo cristiano tradicional, que destaca al bienestar general como fin del Estado.

En "Quinteros c/Compañía de Tranvías Anglo Argentina" (*Fallos*, 179:113), la Corte Suprema admitió que la Constitución era individualista, pero que también procuraba el bienestar general, es decir, el *bien común de la filosofía clásica*, que en tal caso justificó reducir los derechos liberales de libre contratación laboral, por restricciones estatales –indemnizaciones en casos de despido– (ver § 273).

§ 846. ***Individualismo liberal versus Estado social de derecho.*** – Sancionada la reforma constitucional de 1957, ésta introduce en el art. 14 bis o nuevo conceptos propios del Estado social de derecho, como la idea de justicia social ("Diario de Sesiones", Convención de 1957, p. 1219 y 1220).

Ello plantea la necesidad de armonizar el techo ideológico de la Constitución de 1853 con la nueva cuña ideológica de 1957. En "Berçaitz", la Corte Suprema explicitó que el objetivo preeminente de la Constitución es lograr el bienestar general, es decir, la justicia en su máxima expresión, teniendo categoría constitucional el principio *in dubio pro iustitia sociali* (*Fallos*, 289:430).

§ 847. ***Conclusión.*** – El *significado* de un derecho constitucional, su *alcance* y *contenido*, así como su *importancia* frente al Estado, las demás personas y grupos, y los restantes derechos constitucionales, dependerá de su *enunciado* constitucional, pero más todavía, y fundamentalmente, de la *ideología* que utilice el intérprete-operador de la Constitución.

C) Vigencia

§ 848. ***Dimensión existencial de los derechos.*** – Es conocida la posición de Bobbio, en el sentido de que más importante que

determinar la base filosófica o el despliegue normativo de los derechos constitucionales y humanos, es averiguar si son realmente cumplidos, en qué medida resultan violados, y qué mecanismos se deben adoptar para tornarlos efectivamente operativos.

Todo esto significa ingresar en la dimensión fáctica (o de la realidad social) de los derechos constitucionales. La relación entre la *normativa constitucional* y la *realidad constitucional* es, en ciertos lugares, una especie de tragicomedia jurídico-política. Frente a la proclamación solemne de los más sofisticados derechos constitucionales, los hechos muestran a menudo –en las más diversas áreas del globo terráqueo– sociedades subalimentadas, con porcentajes altísimos de analfabetismo, pésima atención médica, proliferación de villas miseria, salarios y condiciones de trabajo denigrantes.

Buena parte de la responsabilidad de tal estado de cosas la tiene el propio constituyente, cuando incurre en los vicios de *utopismo*, *demagogia*, *plagio* y *gatopardismo* (ver § 94). En tales casos, el enunciado de los derechos constitucionales es un operativo de anestesia jurídico-política, tendiente a calmar exigencias sociales con palabras de la constitución.

Así se provoca una *crisis de expectativas* en materia de derechos constitucionales, esto es, de descreimiento social sobre la llamada por Hesse "fuerza normativa de la constitución".

§ 849. ***Condicionamientos extraconstitucionales.*** – A su vez, hay otros factores de crisis que anidan en la dimensión fáctica del derecho.

a) *Económicos.* Existen limitaciones derivadas de la geografía económica de un país, así como de su desarrollo y de su estabilidad financiera.

En condiciones de bajos ingresos per cápita es imposible programar la plena realización de ciertos derechos constitucionales (vivienda digna, salud, educación, etcétera). Lo mismo pasa en períodos de crisis recesiva, de hiper o megainflación. En tal sentido, un grado mínimo de desarrollo económico y social es indispensable para una aceptable satisfacción de los derechos humanos (Pérez Luño).

b) *Sociológicos.* Hay aquí ingredientes muy significativos, a saber: la calidad de la población, verificada mediante indicadores

tales como su capacitación técnica, cultura, hábitos de trabajo, etc.; su temperamento, mentalidad, comportamiento y grado de desarrollo político. Por ejemplo, su vocación pluralista o intolerante; su confianza en las instituciones o en los hombres; el grado de corrupción existente en la clase dirigente y en el pueblo; la práctica de actitudes racionales o irracionales en la adopción de las decisiones; el espíritu social de libertad o de servilismo hacia las autoridades y líderes; la tendencia legalista o transgresora de ese pueblo y sus convicciones religiosas, permisivas o represivas.

Otros índices de interés son el funcionamiento o no de organismos de control de los poderes públicos (Ministerio Público, Poder Judicial, fiscalías especializadas, etc.), y el apetito de *poder pesado* (según expresión de Bidart Campos) o de *poder moderado* que tengan los partidos y factores de poder de esa comunidad.

Cabe destacar que enormes sectores de la sociedad, en particular los marginados, poco conocen acerca de la cantidad y contenido de los derechos que enuncian las constituciones. Eso, sumado a su casi imposibilidad de acceder a una asistencia jurídica eficaz para la tutela de esos derechos, produce otro factor complementario de la crisis de operatividad.

§ 850. ***Recapitulación.*** – Corresponde distinguir, en resumen, el *enunciado* constitucional de un derecho, de su *realización*. En la medida en que el enunciado normativo es más ambicioso y amplio, aumentan proporcionalmente las dificultades de su concreción en el ámbito fáctico.

La *eficacia* de un derecho constitucional comienza con la *racionalidad* de su enunciado normativo. Si éste padece de utopismo, demagogia o gatopardismo, cabe anticipar la ineficacia futura del precepto constitucional.

§ 851. ***La eficacia de los derechos constitucionales en la Argentina.*** – La descripción de los derechos en la Constitución de 1853-1860 es, con relación a otros documentos que circulan en el derecho comparado, felizmente discreta. Esto evita, en alguna medida, una crisis de expectativas (ver § 848).

Cabe alertar que siendo nuestra Constitución, en muchas de sus cláusulas, tributaria de la filosofía individualista y liberal de su

época, se embarca en lo que Nino llama un *liberalismo pasivo*, partidario del *abstencionismo estatal* y del *laissez faire, laissez passer*. Es así que, por lo común, no enuncia *derechos reales* (vale decir, practicados en los hechos), sino *potenciales* y *formales* (su goce depende de las posibilidades del interesado). Por ejemplo, el derecho de "usar y disponer de la propiedad" (art. 17), significa que el Estado no debe, salvo restricciones razonables, impedirme ser propietario, ni limitar arbitrariamente el goce de mis bienes. También implica que el Estado proteja ese uso y goce si alguien intenta, ilícitamente, perjudicarlo. Pero el ejercicio efectivo del derecho de "usar y gozar de la propiedad", queda de ahí en más condicionado a que el interesado posea los recursos para acceder al dominio y al uso de una propiedad. De no contar con ellos, no será propietario, ni obviamente podrá ejercer el derecho que mencionamos.

A su turno, la reforma constitucional de 1957, en un nuevo marco ideológico (ver § 249), introdujo un listado de derechos laborales y sociales con pretensiones de realidad, y no meros enunciados formales. Se acopló así al *liberalismo activo* (Nino), que obliga al Estado a *facilitar positivamente* la concreción fáctica de esos derechos; entre ellos los salarios justos, participación en las ganancias de las empresas, seguridad social integral, jubilaciones y pensiones móviles, y acceso a una vivienda digna.

Muchos de estos derechos *positivos*, sin embargo, se encuentran falseados o incumplidos, total o parcialmente. El seguro social y la participación de los trabajadores en las ganancias y dirección de las empresas, fuera del acierto o no de tales directrices, no se ha instrumentado. El sistema jubilatorio, en crisis profunda, exhibe en el caso de las pensiones y jubilaciones mínimas un perverso cumplimiento de la norma constitucional. El "acceso a la vivienda digna" es otra cláusula casi olvidada.

Otro punto de gran significación es la funcionalidad del sistema judicial para reparar las lesiones que se causen a los derechos constitucionales. En el caso "Bahamondez", relativo a la necesidad de realizar una transfusión de sangre y donde se discutía la operatividad del derecho constitucional a la vida y su compatibilización con la libertad de cultos, el fallo de segunda instancia fue del 15 de junio de 1989 (*ED*, 134-297), y el de la Corte Suprema

de Justicia de la Nación, del 6 de abril de 1993, es decir ¡casi cuatro años después!

La reforma de 1994 ha intentado subrayar la faceta social y efectiva de los derechos constitucionales (arts. 37, 42 y 75, incs. 19 y 23, entre otros), incluyendo la igualdad *real* de oportunidades.

D) Clasificación de los derechos

§ 852. ***Introducción.*** – Los criterios de clasificación de los derechos constitucionales son múltiples. Utilizaremos estas variables: *tiempo*, *forma*, *sujeto*, y *contenido*.

1) El tiempo

§ 853. ***Derechos de primera, segunda y tercera generación.*** En razón de su aparición histórica, es factible hablar de derechos constitucionales *de primera generación*, es decir, los propios del constitucionalismo liberal, reflejados en el caso argentino, en los arts. 14 a 18. Se trata de derechos conferidos por lo común sólo a individuos, seres en abstracto, y responden al plexo ideológico de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. Importan el afianzamiento de los valores *libertad*, *propiedad* y *seguridad*, y son, sustancialmente, derechos contra el Estado.

Los derechos *de segunda generación* son los propios del constitucionalismo social, que, salvo alguna rara excepción, recién se generan en el siglo XX. Son derechos concedidos principalmente a los trabajadores y a los gremios, aunque también benefician a la familia, y apuntan a resolver la llamada *cuestión social* (ver § 8). Se plantean no sólo contra el Estado, sino frente a otros sujetos, como los empleadores. Los valores preferidos son aquí *igualdad* y *solidaridad*. En la Constitución nacional se insertan en el art. 14 bis, según la reforma de 1957.

Los derechos *de tercera generación* emergen en el constitucionalismo después de la Segunda Guerra Mundial. Son derechos modernos, no bien delimitados, cuyos titulares son personas, grupos y la sociedad toda. Se refieren, por ejemplo, a la tutela del

medio ambiente, del nombre y la propia imagen, el derecho de réplica, la objeción de conciencia, el derecho a la paz, etcétera. En la Constitución argentina muchos de ellos pueden reputárselos captados por el art. 33 (cláusula de los derechos no enumerados) y tal vez en algún sector del art. 14 bis. El valor predominante es el de la *dignidad humana*, con nuevas variables de aplicación.

Varios de estos nuevos derechos –no todos– fueron captados por la reforma de 1994 de modo directo (p.ej., art. 41, preservación del medio ambiente; art. 42, derechos del consumidor y del usuario), o por vía de *recepción*, al dar alcurnia constitucional, mediante el art. 75, inc. 22, a derechos enunciados en una serie de declaraciones o convenios internacionales.

§ 854. ***Derechos en vías de constitucionalización.*** – Existen otros derechos que únicamente tienen (todavía) base legal o de derecho consuetudinario infraconstitucional, pero que son entendidos por muchos como derechos dignos de ser reputados *constitucionales*. Esa futura constitucionalización puede ser operada cuando así lo considere la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Un supuesto de interés, al respecto, puede detectarse en el "derecho a la autodeterminación informativa", que se perfila como el derecho básico a tutelar por el hábeas data (§ 326), entrevisto como derecho nuevo y distinto a otros que se hallan próximos a él en tal proceso constitucional (v.gr., verdad, privacidad, honor, igualdad).

2) Las formas

§ 855. ***Enunciado formal de los derechos. Derechos explícitos.*** – En función del modo en que el derecho constitucional puede describir derechos, caben las siguientes posibilidades: *derechos explícitos*, *derechos implícitos* (no enumerados) y *derechos imputados*.

La *positivización* de los derechos constitucionales –es decir, su enunciado en una constitución formal– se produce habitualmente mediante normas expresas (así, en la Argentina, dice el art. 14: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber:

de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar"). Son los derechos constitucionales *explícitos* (o expresos).

En otros casos, los derechos constitucionales pueden ser *inferidos* de valores y principios superiores del orden constitucional (Pérez Luño). Así, de los postulados del Preámbulo de "afianzar la justicia" y de "asegurar los beneficios de la libertad", es posible desprender el derecho de los habitantes de impugnar como inconstitucionales a las leyes irrazonables o injustas, como a las restricciones infundadas a la libertad.

§ 856. ***Conceptos y concepciones. Las "cláusulas abiertas".*** El empleo de *estándares vagos* o imprecisos en el enunciado de los derechos constitucionales puede ser incluso intencional por parte del constituyente (Dworkin), aunque ello nos lleve a plantear un problema particular: ¿debe interpretarse el contenido de esos derechos imprecisos, según las ideas y el contenido existentes en el momento de formularse (es decir, respetando estrictamente la voluntad del constituyente), o corresponde que los jueces les den el contenido que la sociedad les confiere, cuando llega el momento de su aplicación?

Según Dworkin, cabe distinguir entre *conceptos* y *concepciones* constitucionales. El empleo por el constituyente de un estándar vago o impreciso (como las palabras *igualdad*, *libertad*, *utilidad*, etc.), significa que describe un *concepto* y que deja en manos del operador posterior de la constitución darle a esas palabras su sentido actualizado; son las denominadas *cláusulas abiertas*. Si, en cambio, precisa *una* aplicación o versión concreta del término o derecho en cuestión, define su *concepción* específica (por caso, en nuestro país la Constitución de 1853 prohibía "las ejecuciones a lanza o cuchillo", en su art. 18).

La doctrina de los *conceptos* (cláusulas abiertas) y de las *concepciones* (cláusulas cerradas) conduce al *activismo judicial*, recreador de derechos, y aplicada prudentemente permite una flexibilización y modernización de textos constitucionales antiguos, como el estadounidense y el argentino, que de otro modo (es decir, de efectivizarse sólo como los pensó el constituyente histórico) resultarían reliquias jurídico-políticas antes que instrumentos de gobierno.

§ 857. ***Etapas en la formulación de los derechos constitucionales explícitos.*** – La mayor parte de los derechos constitucionales expresos nace del texto de 1853. La reforma de 1860 reforzó la libertad de imprenta (art. 32), e introdujo la muy importante cláusula de los derechos no enumerados o implícitos (art. 33).

La reforma de 1957 agregó los derechos del art. 14 bis, producto "de los principios del constitucionalismo social", según el convencional Jaureguiberry.

La reforma de 1994, como se apuntó, sea por vía directa o por recepción de reglas provenientes del derecho internacional, aumentó considerablemente el catálogo de los derechos constitucionales en la Argentina, en particular, en cuanto los de "tercera generación" (ver § 853).

§ 858. ***Derechos inferidos.*** – Son derechos constitucionales que se extraen como consecuencia de los derechos explícitos. Podríamos llamarlos también *subderechos*, son una consecuencia de los expresos y tienen también rango constitucional.

Por ejemplo, del derecho constitucional a la defensa en juicio, se desprende el derecho de una justicia pronta ("Mattei", *Fallos*, 272:188; "Mozzatti", *Fallos*, 300:1102, e "YPF", *Fallos*, 306:1688), o el derecho a la jurisdicción (o de ocurrir a tribunales de justicia), del cual nadie puede ser privado compulsivamente ("Santos", *Fallos*, 307:282). A su vez, del derecho a no ser condenado sin juicio previo (art. 18, Const. nacional), se deduce el derecho a ser presumido inocente hasta mediar sentencia de condena ("Mozzatti", *Fallos*, 300:1102, y "Gordon", *Fallos*, 311:2045).

§ 859. ***Derechos no enumerados. Naturaleza.*** – Provienen del art. 33 de la Const. nacional, cuyo texto dice: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Según el despacho de la Convención Examinadora de la Constitución de 1853, en la Convención bonaerense de 1860 se trata de derechos que nacen de la propia naturaleza, y "forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades". Añade que el artículo comprende a "todos aquellos derechos, o más bien principios, que son anteriores y superiores a la Constitución misma... y que ni los hombres constituidos en sociedad pueden renunciar, ni las leyes abrogar".

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado también que la Constitución "reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo" ("Quinteros", *Fallos*, 179:117).

En síntesis, los derechos del art. 33 son de *derecho natural* y resultan *constitucionalizados*. Al no poder abolirse, dicha norma asume la condición de *cláusula pétrea* (no derogable) de la Constitución (ver § 110 y 412).

§ 860. ***Desarrollo.*** – Del texto del art. 33 de la Const. nacional parece desprenderse que los derechos no enumerados serían de tipo *político*: los inferidos de los principios de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Sin embargo, de los antecedentes de la Convención Examinadora del texto de 1853, del Estado de Buenos Aires, y de la Convención ad hoc de 1860, se desprende, como se anticipó, que el cupo de los derechos no enumerados es mucho más amplio, ya que comprende a todos "los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza... [y de] los derechos de los pueblos" (despacho de la Convención Examinadora, quien añade que se trata también de "derechos y garantías de los individuos, que en algunos casos se hacen extensivos a los pueblos como entidades colectivas"). Sarmiento, por las dudas, aclaró que la norma tenía el objeto de suplir "todas aquellas omisiones de los derechos naturales, que se hubiese podido hacer, porque el catálogo de los derechos naturales, es inmenso". Vélez Sársfield repitió que cubría a "todos los derechos adquiridos por el hombre".

Como ejemplo de derechos constitucionales englobados por el art. 33, la Corte Suprema menciona el de reunión ("Campaña Popular en Defensa de la Ley 1420", *Fallos*, 207:251, y "Faskowicz y otros", *Fallos*, 240:235); el derecho a la vida ("Saguir y Dib", *Fallos*, 302:1284); la garantía de la acción de amparo ("Kot", *Fallos*, 241: 291); el principio de que nadie se debe enriquecer sin causa a costa de otros ("Petroquímica Argentina", *Fallos*, 297:500), etcétera.

§ 861. ***Derechos imputados.*** – Se trata de derechos no explícitos, tampoco atribuibles al constituyente histórico, ni necesariamente inferibles de los explícitos, pero de todos modos creados o habilitados por la jurisprudencia como derechos de raíz constitucional.

Uno de ellos puede ser el derecho a ser excarcelado durante la tramitación del proceso penal ("Karpiej", *Fallos*, 290:393, y "Stancato", *Fallos*, 310:1835).

3) Los sujetos

§ 862. ***Clasificación de los derechos en función de su titular. Sujetos activos. ¿Quiénes tienen derechos?*** – La Constitución nacional describe una variada gama de personas (físicas, o de existencia ideal) que son titulares de derechos.

a) "Todos los habitantes", con relación a los derechos del art. 14, expresión que se repite en el art. 16. Los arts. 17 a 19 se refieren también a cualquier habitante para ser acreedor de los derechos allí mencionados, aunque la Constitución emplea otras formas en igual sentido ("*ningún habitante* de la Nación puede ser privado"; "*ningún habitante* de la Nación puede ser penado"; "*nadie* puede ser obligado"; "*ningún habitante* de la Nación será obligado").

b) Con el mismo objeto de comprender a todos, el art. 18 habla de *la persona* (al indicar que "es inviolable la defensa en juicio de la persona"), el art. 19 cuando se refiere a *los hombres* ("las acciones privadas de los hombres"), o el art. 23, a *las personas* (el poder del presidente, durante el estado de sitio, se limitará "respecto de las personas").

c) El *pueblo* es también titular de derechos constitucionales (arts. 33 y 40). En sentido análogo puede entenderse a la *sociedad* (ver § 860), dentro del art. 33 y en el art. 75, inc. 19.

d) El art. 8º confiere derechos constitucionales a los *ciudadanos*, como el 36 y el 20 menciona los "derechos civiles del ciudadano". El art. 29 da una protección particular a los *argentinos*.

e) Hay derechos reservados a los *ciudadanos por naturalización* (art. 21, sobre la no prestación del servicio militar durante cierto período).

f) Existen también derechos propios de los *extranjeros*, según los arts. 20 y 25.

g) El art. 17 tutela a alguien en particular, *todo autor* o *inventor*, también el art. 75, inc. 19 *in fine*.

h) El art. 15 declara titular de ciertos derechos a los *esclavos*.

i) El art. 14 bis menciona específicamente al *trabajador*, a los *gremios* y a los *representantes gremiales*, como titulares de determinados derechos. Lo hace también el art. 75, inc. 19, párr. 1º, en cuanto a los trabajadores.

j) La *familia* es objeto de mención particular como sujeto de derechos, también en el art. 14 bis y en el art. 75, inc. 19, párr. 3º.

k) Los *presos* (*reos*) resultan también titulares de derechos constitucionales, a tenor del art. 18.

l) Los *parientes del condenado* por el delito de traición a la patria, cuentan a su vez con un derecho constitucional concreto: que no se les transmita la pena impuesta a aquél (art. 119).

m) La *Iglesia Católica*, según el art. 2º, cuenta con el derecho constitucional a ser sostenida por el Estado.

n) Los *vecinos* de una provincia tienen (en determinados casos) derecho a ser juzgados ante la jurisdicción federal (art. 116).

ñ) Los *embajadores, ministros y cónsules extranjeros* tienen también derechos constitucionales de índole procesal, a tenor del art. 117.

o) Las *mujeres* tienen especial mención en los arts. 36 y 75, inc. 23.

p) Los *niños* (expresión que involucra a las personas por nacer) son aludidos en el art. 75, inc. 23.

q) Los *ancianos* y *discapacitados* resultan igualmente tutelados en el art. 75, inc. 23.

r) Los *educandos* cuentan con derechos propios en el art. 75, inc. 19.

s) Los *indígenas* resultan acreedores a derechos específicos en el art. 75, inc. 17.

t) Los *partidos políticos* gozan, a su vez, de derechos a tenor del art. 38.

u) Las *generaciones futuras* quedan amparadas por el art. 41.

v) Los *malvinenses* (habitualmene llamados *kelpers*) cuentan, según la disposición transitoria primera, con el derecho a que se les respete su "modo de vida".

Por último, en sentido amplio, los diputados y senadores tienen derechos y prerrogativas constitucionales (arts. 68 a 70), así como el presidente, vicepresidente, ministros y jueces (arts. 53, 60 y 110). También la asamblea constituyente, las cámaras del Congreso, el Poder Ejecutivo y el Judicial, el defensor del pueblo, el auditor general, el Ministerio Público y las universidades, si se entiende que sus atribuciones importan simultáneamente *derechos*, al igual que las provincias, los municipios y la Ciudad de Buenos Aires.

A lo expuesto cabe añadir todos los derechos –actualmente, con rango constitucional– emergentes de los documentos internacionales mencionados por el art. 75, inc. 22, y los que alcancen esa jerarquía según el mecanismo previsto por tal norma.

§ 863. ***Sujetos pasivos. Derechos ¿frente a quién?*** – Habiendo nacido el derecho constitucional como instrumento de protección de los individuos –o de ciertos grupos sociales– respecto del Estado, es evidente que el primer sujeto *ante* el cual –o *contra* el cual– se pueden esgrimir los derechos constitucionales es el mismo Estado.

Sin embargo, en la segunda etapa del constitucionalismo (es decir, del constitucionalismo social), los derechos constitucionales son visualizados también como derechos frente a *todos* los demás (Estado o particulares), quienes deben respetarlos, y contra los cuales es posible accionar en caso de violación de esos derechos.

Interesa apuntar que el art. 14 bis describe una serie especial de derechos laborales frente, principalmente, a los empleadores. El art. 17, por su parte, señala que "ningún *cuerpo armado* puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie" (ver § 1038).

§ 864. ***Derechos constitucionales y derechos de la mayoría.*** – El nacimiento de los derechos constitucionales es generalmente entendido como un triunfo de las mayorías (el pueblo) sobre los regímenes antidemocráticos (monarquías absolutas, aristocracias desigualitarias, etcétera).

Actualmente, buena parte de la doctrina considera a los derechos constitucionales, además de derechos frente al Estado y los particulares, como defensas de las minorías (raciales, religiosas, culturales, etc.) ante las mayorías. Para Dworkin, por ejemplo, el constitucionalismo actual responde a "la teoría de que a la mayoría hay que restringirla para proteger los derechos individuales" y permitir, no obstante, que "esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común". En definitiva, el enunciado de los derechos constitucionales "representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas será respetada".

§ 865. ***Legitimación para reclamar ante la violación de un derecho constitucional.*** – La doctrina procesalista, especialmente la administrativa, ha distinguido tres categorías de sujetos, ante la lesión a un derecho constitucional.

a) *Sujeto con "derecho subjetivo" vulnerado.* En tal hipótesis, se trata del titular de un derecho constitucional que sufre un perjuicio propio, concreto, diferenciado e impugnable judicialmente. Tiene legitimación para formular su pretensión reclamatoria.

b) *Sujeto con "interés legítimo".* En tal supuesto hay también lesión (pero exclusiva o concurrente, según las distintas posturas) que le causa un perjuicio personal y directo, aunque en su reparación sólo esté en juego el interés general. También se le admite legitimación.

c) *Sujeto con "interés simple".* Hay aquí también en juego un derecho constitucional, pero el acto lesivo no provoca en el sujeto un agravio directo y personal. En este tema, el *interés simple* coincidiría con la mera pretensión de exigir genéricamente el cumplimiento de la constitución y el respeto a los derechos que reconoce ella. Salvo excepciones (en nuestro país, p.ej., la acción de hábeas corpus, que la puede promover cualquiera, según el art.

5°, ley 23.098), generalmente no se concede en esta variable legitimación para actuar, salvo para plantear denuncias.

No sin cierta razón apunta Dromi que las tres categorías de sujetos no son precisas, que la distinción entre *derecho subjetivo* e *interes legítimo* es harto discutible (caprichosa y confusa la llama Barra), y que, en última instancia, son estrategias procedimentales para impedir o regular reclamos ante la infracción a derechos constitucionales.

4) El contenido

§ 866. *La materia de los derechos constitucionales.* – Una clasificación de los derechos constitucionales en sentido estricto, tiene que atender, desde luego, las pautas clasificatorias que da esa misma constitución.

En el caso argentino, la Constitución distingue (art. 20) los derechos *civiles* de los *no civiles* (que se supone son los *políticos*). Tal criterio permite diferenciarlos de la siguiente forma:

a) *Derechos civiles.* Entre ellos ubicamos los que se enuncian a continuación.

1) *Derechos personalísimos.* Derechos de la persona "en sí misma" (Ruiz, Giménez Cortez). Por ejemplo: a la vida (art. 29); a nacer (art. 75, inc. 23); a la calidad de vida (art. 41); a la dignidad (art. 33); al honor (art. 29); a la integridad física (art. 33); al nombre (art. 33); a la salud (art. 33); a la nacionalidad (arts. 8° y 75, inc. 12); a practicar culto (art. 14), y a la intimidad (arts. 18 y 19).

2) *Derechos generales.* Son los relacionados con el desenvolvimiento de la vida en sociedad. Por ejemplo: a enseñar y aprender (art. 14); a participar en la educación, con acceso gratuito y equitativo en la oficial (art. 75, inc. 19); a la igualdad (arts. 15, 16 y 75, inc. 23); al *ius movendi et ambulandi* (salir, entrar y permanecer en el territorio –libertad física–, art. 14).

3) *Derechos económico-sociales.* Se refieren a una dimensión específica del quehacer humano, como es su patrimonio, el trabajo y la seguridad social. Entre estos derechos pueden mencionarse: trabajar y ejercer industria lícita (arts. 14 y 14 bis); a la protección en el trabajo (art. 14 bis); y a la formación profesional de los trabajadores (art. 75, inc. 19); a navegar y comerciar (art. 14); a la titularidad, uso y disposición de la propiedad (art. 17); a la libre creación y circulación de las obras del autor (art. 75, inc. 23); a participar en la dirección y ganancias de las empresas (art. 14 bis); a organizarse sindicalmente (art. 14 bis).

4) *Derechos y garantías procesales y penales.* También referidos a un aspecto específico del hombre: su condición como parte en un proceso y, de modo concreto, como acusado o condenado por un delito. Entre ellos pueden citarse el derecho al debido proceso (arts. 18 y 33); el juicio previo a una sanción penal (art. 18); a ser juzgado por los jueces naturales (art. 18); a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni sometido a tormentos o azotes (art. 18); a no ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente (art. 18).

Después de la reforma de 1994 adquieren mención constitucional expresa garantías como el amparo, el hábeas data y el hábeas corpus (art. 43).

b) *Derechos políticos.* Son anexos a la participación en la vida estatal, como sufragar (art. 37), elegir diputados y senadores (arts. 45 y 54), presidente y vicepresidente (art. 94) y constituyentes (art. 30), formar partidos políticos y a la resistencia a la opresión (arts. 36 y 38), así como también el derecho de iniciativa popular de leyes (art. 39).

Conviene alertar que hay derechos que llamamos *generales*, que inciden en cualquier ámbito, como el gremial y el político (así, el de peticionar a las autoridades, la libertad de expresión, el de reunión, etcétera).

A todo lo dicho corresponde agregar los derechos emergentes de documentos internacionales con jerarquía constitucional, a tenor del art. 75, inc. 22, de la Constitución.

E) Conflicto entre los derechos

§ 867. *Introducción. Tesis negatoria.* – Cabe preguntarse si dos o más derechos constitucionales pueden entrar en conflicto y, en su caso, cómo debe resolvérselo.

La jurisprudencia habitual de la Corte Suprema es que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución nacional tienen igual jerarquía, y que la interpretación debe armonizarlos ("Cuello", *Fallos*, 255:293; "Dri", *Fallos*, 264:94; "Santoro", *Fallos*, 272:231; "Caja Nacional de Ahorro y Seguro", *Fallos*, 310:2709, etcétera). Una consecuencia de esta tesis es que un derecho constitucional no debe extinguir a otro; ha dicho la Corte que cuando los derechos constitucionales, base del orden jurídico, se ejercitan en un auténtico sentido, media entre ellos una coexistencia que permite a cada uno ser realizado sin lesionar el ejercicio de otros derechos ("Larroca", *Fallos*, 259:403).

§ 868. ***Incoherencia de la posición negatoria: conflictos entre intereses y valores. Renuncia de derechos.*** – Pese a la tesis expuesta en el parágrafo precedente, la misma Corte explica que ciertas garantías constitucionales son renunciables, aunque limita esa abdicación "a las que amparan derechos de contenido patrimonial, y no a aquellas instituidas en resguardo de otros derechos, como son los vinculados con el estatuto personal de la libertad" ("Guzmán", *Fallos*, 279:283).

Al mismo tiempo, la Corte enseña que, en caso de conflictos entre valores jurídicos contrapuestos, no es dudosa la preferencia en favor del que tiene mayor jerarquía ("Mayants y otros", *Fallos*, 255:330). La tesis se repite en otras sentencias. Por ejemplo, en "SA Ultramar", *Fallos*, 263:453, vuelve a leerse que, siempre que sea forzosa la ponderación de valores jurídicos contrapuestos, la elección en favor del que reviste mayor jerarquía no es irrazonable: la doctrina es aplicable, en particular, a los intereses que revisten "indudable y serio interés público".

En otros pronunciamientos, la Corte procura compatibilizar *jerarquía* (del interés mayor) con *subsistencia* (o no extinción) del derecho menor. Así en "Fernández Orquín" (*Fallos*, 264:416) explica que las dificultades interpretativas que surgen de la ponderación de intereses lícitos y que resulten contrapuestos debe solucionarse acordando preeminencia al que reviste carácter público.

En "Portillo" (*Fallos*, 312:496), la Corte Suprema aborda francamente la solución de "una suerte de tensión entre derechos y

obligaciones consagrados en dos normas constitucionales", como son, por un lado, la libertad de culto y, por otro, el deber del servicio militar (arts. 14 y 21).

En conclusión, no todos los derechos tienen la misma valuación. Algunos son más preciados que otros y, en caso de oposición, habrá que preferir los derechos más importantes sobre los menos significativos. Esto no produce, necesariamente, que en una confrontación determinada el derecho menos importante concluya desplazado; pero bien puede pasar así.

§ 869. ***Cotización de los derechos.*** – Si se admite que los derechos son dispares (Bidart Campos, Ekmekdjian), surge de inmediato el problema de su distinta valoración. Tarea harto difícil, por cierto, y que sustancialmente dependerá de la ideología que maneje el intérprete-operador de nuestra Constitución nacional.

Naturalmente, si se sintoniza esa tarea en clave liberal, se privilegiarán los derechos de libertad (art. 14, Const. nacional). Una opción socialista, en cambio, preferiría el derecho a la igualdad (art. 16). Desde una perspectiva cristiana, el derecho prevaleciente sería el de dignidad del ser humano, que está dentro de los derechos no enumerados del art. 33. Hemos adherido a esta última alternativa.

Resulta de interés recordar aquí la directriz de la Corte Suprema, en cuanto a que la coordinación armoniosa de los principios constitucionales (y lo mismo, pensamos, cabe decir de los derechos) no se ha de buscar a partir de premisas genéricas o de enunciados abstractos, sino que ha de referirse a las situaciones concretas de la causa, y apreciarse en relación a sus circunstancias particulares ("Petit", *Fallos*, 305:956).

Con relación al resultado del balanceo o "test de derechos", él puede practicarse de los siguientes modos: con relación exclusivamente a un caso concreto (balance *case by case*, o específico), o con pretensiones de conclusiones permanentes y *erga omnes* (balance "definicional"). En "Portillo" (*Fallos*, 312:496), según vimos, la Corte Suprema, en este segundo sentido, concluyó, por ejemplo, que en períodos de paz la objeción de conciencia prevalece sobre el deber de portar armas (ver § 718).

§ 870. *¿Quién cotiza los derechos? Derechos y contraderechos.* – En ciertos casos es el propio constituyente quien resuelve el problema. Por ejemplo, el art. 14 enuncia el derecho de comerciar, pero el art. 15 sostiene que "todo contrato de compraventa de personas es un crimen". La libertad de realizar actos de comercio cede aquí, entonces, ante la dignidad, igualdad y libertad de toda persona.

Algunas veces el conflicto entre derechos es resuelto por otras vías normativas. El Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054) consagra explícitamente la libertad de expresión sin censura (art. 13, incs. 1 y 2; coincide así con una interpretación amplia del derecho a publicar ideas sin censura: art. 14, Const. nacional); pero acto seguido, el mismo Pacto autoriza la censura a los espectáculos públicos en tutela de la moral de la infancia y la adolescencia (art. 13, inc. 4). En esta hipótesis específica se ha preferido salvaguardar el valor *moral pública* sobre el de *libertad de expresión*.

Es frecuente, por último, que sean los tribunales (y la Corte Suprema, como intérprete final de la Constitución) los que deban asumir la función de dirimir los conflictos entre derechos. Una interpretación dinámica de la Constitución nacional aconseja tener en cuenta más que la cotización histórica (del constituyente) de esos derechos, su valuación actual, tal como surge de la conciencia contemporánea.

Un problema particular es, en nuestros días, la pujante existencia de "contraderechos" o "antiderechos". Un *contraderecho* es un derecho *dañoso* hacia los derechos de los demás, que se plantea como derecho *prevaleciente*, y cuya alegada superioridad se aplica *coactivamente*, por quien se dice titular de él, en contra de los perjudicados por su ejercicio.

Tal es el caso, por ejemplo, de quienes –invocando la libertad de expresión– cortan, *manu militari*, calles y rutas, impidiendo la libre circulacion de vehículos o de personas, o de los que –so pretexto del derecho de huelga– impiden a quienes quieren trabajar el ingreso a la fuente de trabajo o, directamente, la "ocupan".

Jamás la práctica honesta de un derecho constitucional puede asumir el perfil de un contraderecho. Si se pretendiere vestir

de constitucionalidad a la aplicación de un derecho dañoso e impuesto por la fuerza a los demás (por lo común ajenos y, por tanto, inocentes en cuanto a quién efectiviza el contraderecho), se estaría realizando un impropio uso alternativo de los derechos, vale decir, una reprobable manipulación de la Constitución.

CAPÍTULO XX

DERECHO A LA CONDICIÓN HUMANA

§ 871. *INTRODUCCIÓN.* – El listado de los derechos constitucionales personalísimos comienza por el reconocimiento de ciertos derechos *fundantes*, básicos y necesarios para la realización de los demás.

En ese orden de ideas, cabe incluir primero los derechos a la vida, a la integridad corporal y psíquica, a la salud y dignidad, al nombre, nacionalidad, honor y a la propia imagen.

Todos ellos atañen a algo indispensable: que al ser humano se le reconozca condición de tal.

§ 872. *DERECHO A LA VIDA.* – Este derecho está explícito en el art. 29 de la Const. nacional, cuando puntualiza que la *vida* de los argentinos no puede quedar a merced de gobierno o persona alguna. Por si hubiese duda, la Corte Suprema, en "Saguir y Dib", lo consideró como el "primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución nacional y las leyes" (*Fallos*, 302:1284; "Portal de Belén", *Fallos*, 325:292; el derecho a la vida es reconocido también en "Baricalla de Cisilotto", *Fallos*, 310:112). Es decir que, en todo caso, este derecho está captado por el art. 33, como derecho natural supraconstitucional (§ 859); aunque en "Asociación Benghalensis", la Corte Suprema lo reputó más bien como un "derecho implícito", del que dependen necesariamente todos los demás (*Fallos*, 323:1339).

A su vez, el Pacto de San José de Costa Rica declara que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida" (art. 4°, inc. 1).

§ 873. *Caracteres del derecho a la vida.* – Se trata de un derecho constitucional *fundante* y *personalísimo*, ya que posibilita el ejercicio de todos los demás derechos.

Desde luego, es un valor de suma importancia, aunque no absoluto. Por ejemplo, el art. 21 de la Const. nacional, al imponer a los argentinos el deber de armarse "en defensa de la Patria y de esta Constitución" (ver § 717), está indirectamente permitiendo el sacrificio de la vida, para tutelar los dos bienes que indica.

§ 874. *Derecho a la vida y pena de muerte. Causas no políticas.* – Es evidente que si el texto constitucional prohíbe explícitamente imponer la pena de muerte por causas políticas (art. 18), no lo hace para causas no políticas. El Código Penal anterior, hasta 1922, establecía la muerte como sanción ante varios delitos, aunque, de hecho, no era aplicada por los jueces. El Código actual (sancionado en 1922 y con diversas modificaciones) no la contempla. Sí lo hace el Código de Justicia Militar, para ciertos delitos.

Además, Zaffaroni entiende que si bien la Constitución histórica de 1853-1860 autoriza la pena de muerte para delitos no políticos (es decir, ni la aconseja ni la impide; deja el asunto a criterio del legislador), la Constitución actual, interpretada dinámicamente, conforme a las valoraciones imperantes, la excluye.

Razones de seguridad y de disuasión pueden alguna vez explicar la pena de muerte que tratamos (por causas no políticas), aunque, por supuesto, ello cada vez coincide menos con una visión desarrollada y humanitaria del derecho.

§ 875. *Pena de muerte por delitos políticos.* – El art. 18 de la Const. nacional declara que queda abolida para siempre la pena de muerte por causas políticas.

La doctrina está concorde en que la regla constitucional tuvo por objeto una meta local –terminar con la *ley de la intolerancia* en la Argentina, después de décadas de sangrienta guerra civil– y un propósito ideológico: tratar de mejor modo a los delitos políticos, cuyos autores, teóricamente, están animados por ideales altruistas y no personales (p.ej., implantar un régimen mejor).

Cabe analizar algunas facetas del precepto constitucional.

a) *Delitos políticos.* La definición de estas figuras delictivas no es clara.

La doctrina de la Corte Suprema ha empleado algunas veces la tesis subjetiva, atendiendo principalmente al "pensamiento político que ha sido su móvil y amparo" ("Recurso de hábeas corpus interpuesto por tripulantes sublevados del buque chileno 'La Pilcomayo'", *Fallos*, 43:210, y CCivCap, Sala E, "Maldonado y Flores de Scotti y otros", *JA*, 19-9), y otras veces ha propiciado un planteo mixto, refiriéndose a la comisión de un hecho con finalidad política y, al mismo tiempo, con infracción al orden político ("Villarruel", *Fallos*, 43:328).

Interesa advertir que, en la doctrina y en el derecho comparado, ciertos delitos, como los llamados *delitos anarquistas* o *terroristas*, los "magnicidios" (atentados a jefes de Estado), los delitos inhumanos o prohibidos por el derecho de la guerra (violaciones, matanza de prisioneros, robos en medio de la anarquía, etc.), son excluidos del catálogo de los delitos políticos.

En parte, la tesis ha sido aceptada por la Corte Suprema argentina, que ha admitido la extradición "cuando se trata de hechos delictuosos claramente contrarios al sentir de los pueblos civilizados dada su específica crueldad e inmoralidad" ("Bohne", *ED*, 17-290).

b) *Causas políticas.* En su art. 18, la Constitución, contrariamente al citado decreto de Urquiza (que hablaba de *delitos* políticos), utiliza la expresión *causas* políticas. De esto se puede inferir que el número de conductas captadas aquí por el texto constitucional, y sobre las cuales no se puede imponer pena de muerte, es mayor que el de los calificables como "delitos políticos" en sentido estricto.

Basta, en resumen, que un hecho haya sido perpetrado con móviles políticos y se hayan afectado bienes políticos (el funcionamiento de los poderes públicos) para que se perfile como *causa* política (aunque no sea en sentido técnico preciso, *delito* político) y no pueda constitucionalmente ser castigado con la muerte.

§ 876. *La pena de muerte en el Pacto de San José de Costa Rica.* – Esta Convención trae una serie de normas muy significativas con relación al derecho a la vida. Después de enunciar que nadie puede ser privado de ella arbitrariamente (art. 4°), aclara que no podrá extenderse a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. No se la puede aplicar tampoco a sujetos que en el momento de cometer el delito que la motiva, tuviesen menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni a las mujeres en estado de gravidez. Tampoco es efectivizable a los delitos políticos ni a los comunes conexos con los políticos.

Es decir que la Argentina, adherida a este Pacto, que tiene rango constitucional según el art. 75, inc. 22, no está habilitada para restablecer la pena de muerte para otras figuras criminales que las vigentes en el momento de ratificarse aquella Convención (1984), o para programarla para nuevos delitos, todo esto mientras siga siendo obligatorio para nuestro país, vale decir, mientras no se lo denuncie, conforme al procedimiento previsto por el mismo Pacto.

§ 877. *Derecho a la vida y al aborto.* – Si la Constitución nacional protege el derecho a la vida, ¿esto incluye también la del feto?

Conforme al techo ideológico cristiano de la Constitución (ver § 844), la respuesta es inexorablemente afirmativa. Hay, pues, un derecho constitucional del gestante (Martínez Delfa). Por lo demás, en su art. 4°, el Pacto de San José de Costa Rica declara que el derecho a la vida "estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción".

¿Cuáles son las posibles excepciones a la regla de la tutela "en general" del feto? Una, generalmente aceptada, es el llamado *aborto terapéutico*, que es el provocado para salvar la vida de la madre (art. 86, inc. 1°, Cód. Penal, que lo declara impune). Ello es así porque hay dos vidas en conflicto, y la ley deja abierta la opción a la madre.

Al contrario, son abiertamente inconstitucionales el aborto *discrecional* o *libre* (producto de la simple voluntad o criterio de la madre), o el *aborto "honoris causa"* (realizado para salvaguardar el honor de la progenitora), ya que los derechos a la libertad de elección de la madre o de su honor, deben ceder ante el derecho a la vida del feto.

El Código Penal argentino ha despenalizado también el *aborto eugénico* o *eugenésico*, según el art. 86, inc. 2°, "si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente". Para algunos, esta norma permite igualmente el *aborto sentimental*, en favor de cualquier mujer violada mentalmente sana. Dada la primacía del valor vida, estas alternativas tampoco parecen tener autorización constitucional (en tal sentido, ver JuzgNacCiv n° 18, "M., V.", *ED*, 134-437).

La reforma de 1994 introdujo una novedad en el tema, ya que el nuevo art. 75, inc. 23, programa "un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, *desde el embarazo* hasta la finalización del período de enseñanza elemental".

La norma provoca un primer interrogante, en el sentido del *comienzo* de tal tutela: ¿"desde el embarazo", a tenor del art. 75, inc. 22, o "a partir del momento de la concepción", según el art. 4° del Pacto de San José de Costa Rica? Tal presunta diferencia se explica porque cuando se redactó el texto de lo que después sería el actual art. 75, inc. 23, aún no se había aprobado la cláusula que dio rango constitucional al Pacto de San José. En definitiva, según el mensaje del constituyente, el amparo a la persona por nacer comienza desde la concepción (ver "Diario de Sesiones", p. 4606, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 4889).

Lo cierto es que si cabe la tutela constitucional de la persona por nacer desde la concepción, el aborto discrecional o libre es un acto prohibido por la Constitución. Pero ello no quiere decir, necesariamente, que deba ser delito. Sobre esto último, tiene la palabra el legislador, quien puede o no tipificar penalmente ese aborto (ver al respecto las manifestaciones de los miembros informantes en la Convención, "Diario de Sesiones", p. 4601 y 4606, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 6160), como efectivamente lo ha hecho hasta ahora. En resumen, una cosa es que para la Constitución el aborto discrecional esté interdicto, y otra que la violación a esa regla genere inexorablemente un delito. Hay infracciones a la Constitución, en efecto, que no importan delito (p.ej., no pagar el salario mínimo vital y móvil, o no otorgar vacaciones pagas a un empleado, todo ello en contravención al art. 14 bis).

La Corte Suprema argentina ha analizado dos temas próximos al aborto. Uno de ellos es el uso de la llamada "píldora del día después", que impide la implantación o andamiento en el útero de un fruto fecundado. El alto tribunal, con acierto, entendió que a partir de la fecundación ya había comienzo de vida humana, un ser humano en estado embrionario, por lo que aquella píldora produce en los hechos un efecto abortivo, atentatorio contra la vida, por lo cual dispuso prohibir su fabricación ("Portal de Belén", *Fallos*, 325:292).

En "S. T. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", la Corte Suprema tuvo que decidir una petición de parto inducido y anticipado, respecto de un *nasciturus* que padecía de anencafalia, vale decir, que moriría al nacer, ya fuera que el parto se adelantase o se esperase el momento de dar a luz (*Fallos*, 324:5). La mayoría del tribunal entendió que en aquella solicitud no había petición de abortar ni de eutanasia, y que la muerte del feto no dependía de una decisión humana, sino de la trágica condición de ese niño por nacer, por lo que –ante ese irremediable fatal desenlace– cobraban singular importancia los derechos de la madre a una plena salud física y mental (la progenitora, en efecto, alegó daños a su persona, a raíz de tener que sobrellevar un embarazo en esas condiciones).

Parte de la minoría de la Corte Suprema destacó la importancia del valor vida y la imposibilidad constitucional de autorizar su terminación anticipada, por más que el feto muriese inexorablemente al nacer en el plazo corriente.

El tema, harto complejo, lleva a inquirir si un ser humano en estado fetal, pero destinado inevitablemente a morirse cuando nazca, goza o no de la protección constitucional a la vida, no habiendo, por lo demás –supóngase–, peligro de daño físico a la salud de su madre (aunque sí mental). En tales condiciones, inducir el parto *ante tempus* tiende a tipificarse, en lo esencial, como un aborto, cuyo castigo penal –sin embargo– no parece aconsejable, como no lo es, *mutatis mutandis*, el aborto terapéutico.

§ 878. ***Suicidio.*** – Cabe averiguar si así como hay un derecho constitucional a vivir, existe otro a privarse de la vida. De responderse afirmativamente, la ley subconstitucional (penal, civil, etc.) no podría sancionar de ningún modo al suicida o a quien intentó serlo.

Según ciertas directrices sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en "Bazterrica" (*Fallos*, 308:1392), parece que ese derecho existe, al sostener que "las conductas de los hombres que se dirijan contra sí mismos escapan de la regulación legislativa", y que el Estado "no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan".

Constitucionalmente hablando, si un acto concreto de suicidio importa únicamente una *acción privada*, puede hallar amparo en el art. 19 de la Const. nacional y, tanto, quedar "sólo reservado a Dios". No obstante, si el acto del suicida perjudica a un tercero (p.ej., al provocar la sustracción del cumplimiento de los deberes de asistencia familiar), el hecho, desvalioso en sí (en cuanto importa extinguir una vida), también causa daño a otros, y no estaría captado por la norma constitucional citada, que precisamente exceptúa del orden de la privacidad los actos perjudiciales a terceros.

Naturalmente, el derecho no puede aplaudir el suicidio y, en procura del valor vida, tiende a no fomentarlo. El art. 83 del Cód. Penal castiga la instigación al suicidio. Para Soler, "si bien es cierto que el suicidio es impune, no cabe duda que resulta un hecho en sí mismo ilícito para el derecho, pues de otra manera no se concibe que sea punible aconsejarlo o ayudar a su comisión". Tampoco es inconstitucional reprimir aquellas sociedades o sectas que lo propicien, como por ejemplo, la del "Templo del Pueblo", que culminó en la masacre de Georgetown, Guyana (en el año 1978), con más de novecientos muertos.

§ 879. ***Eutanasia.*** – Vulgarmente llamada la *muerte piadosa* de enfermos terminales que desean concluir con los dolores y angustias propias de una dolencia o agonía, tiene –al decir de Del Moral– estas variantes: *eutanasia pasiva* (o eliminación de los medios médicos para prolongar la vida), *eutanasia activa directa* (suministro al enfermo de un tratamiento que le produce la muerte) y *eutanasia activa indirecta* (si se le proporciona un calmante que, además de aliviarlo, le puede ocasionar la muerte).

a) *Eutanasia pasiva (ortotanasia).* Aceptado que la Constitución asegura el principio de dignidad humana, ello importa el derecho a vivir dignamente y, también, a morir dignamente (Danielian, Maas).

Este derecho incluye el de no ser sometido a tratamientos de tipo *extraordinario* que signifiquen una prolongación precaria y penosa de la vida (*Declaración sobre eutanasia*, Vaticano, 1980), aunque cabe aclarar que la alimentación y la hidratación de un sujeto "en estado vegetativo" es un medio natural y ordinario, no desproporcionado, para ese paciente (Juan Pablo II, discurso del 20/3/04).

El problema es *quién* puede requerir jurídicamente que no se le prolongue la vida sometiéndolo a esas prácticas.

En definitiva, si el propio interesado expresa (aun con anterioridad al hecho que provoca su estado vegetativo) su voluntad de no someterse a cuidados de tipo extraordinario o desproporcionado, cabe respetar tal decisión. Si no lo hace, en principio, otros no pueden adoptar por él esa grave resolución. Una excepción casi obligada sería si *jamás* el paciente podrá volver a encontrarse en condiciones de pronunciarse. En tal caso, compartimos la conclusión de Hooft y Manzini, en el sentido de que, previa junta médica e intervención del defensor de incapaces, su representante legal sí estaría habilitado al respecto.

Es importante subrayar, de todos modos, que el llamado *encarnizamiento terapéutico* violenta la dignidad de vida, salvo que fuese aceptado por el enfermo.

b) *Eutanasia activa directa*. Esta alternativa está generalmente reprimida por la legislación penal de cualquier Estado. En tal caso, el médico que provoca la muerte del paciente, aun a pedido de éste, cometerá, según los casos, los delitos de homicidio o de ayuda al suicidio.

Sin embargo, el 26 de septiembre de 1996 se ha producido el primer *suicidio asistido* legalmente permitido en el mundo según la legislación australiana. El ordenamiento de ese país exige un dictamen de especialista médico que confirme la índole incurable de la enfermedad; un informe psiquiátrico que certifique que el paciente no sufre de una depresión tratable; contempla un período de reflexión de nueve días, y el uso de una computadora que interroga al enfermo para confirmar que reconoce las consecuencias de su proceso. La muerte se produce al inoculársele una inyección, controlada por computadora, primero con un somnífero y después mediante un relajante muscular que induce a un paro cardíaco ("La Nación", del 27/9/96).

c) *Eutanasia activa indirecta*. Es tal vez el tema menos definido. Resulta difícil desconocer, sobre la base del principio constitucional de dignidad humana, el derecho de un enfermo a que le suministren calmantes para que no padezca penurias y dolores, aunque sea con riesgo de su vida, y estando consciente del costo de su elección.

Del análisis del derecho comparado surge que se practica cada vez más el llamado *testamento vital* (*living will*), mediante el cual una persona puntualiza qué tipo de tratamiento médico desea recibir en caso de padecimientos terminales. La res. 613/76 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa enunció el derecho de cada uno a rehusar un tratamiento médico.

§ 880. ***Fecundación in vitro.*** – Este procedimiento de concepción y gestación comprende tres etapas principales: *a*) obtención y capacitación de los gametos (células sexuales) masculinos y femeninos; *b*) fertilización y división in vitro (tubo de ensayo) del huevo, cigoto o embrión, y *c*) transferencia embrionaria a un seno materno.

El tema ha despertado objeciones constitucionales por lo siguiente: si se acepta, como indica el Pacto de San José de Costa Rica, que la vida humana principia desde la concepción, cabe protegerla, desde luego, a partir de tal momento, esto es, desde que hay embrión, aun logrado por vía de fecundación artificial. El problema es que en la etapa descripta precedentemente (punto *b*), se produce generalmente no uno, sino varios embriones (dignos de la protección de vida), algunos de los cuales pueden quedar luego congelados y utilizados con fines de experimentación o comercialización. Los restantes son destruidos.

Autores como Bidart Campos, Andorno y Hooft han planteado, con argumentación convincente, que el embrión constituye una realidad distinta de la de sus progenitores, y que la tutela de su vida impide constitucionalmente aceptar su eliminación, manipulación genética, venta, etcétera. De ahí que la *fecundación in vitro* no sea en sí inconstitucional, pero en cambio sí lo es el uso comercial o experimental de los embriones restantes y, además, su muerte.

§ 881. ***Derecho a la integridad.*** – Este derecho constitucional es reconocido por la Corte Suprema en "Ponzetti de Balbín"

(*Fallos*, 306:1892, consid. 8°), derivándolo del derecho a la intimidad (art. 19, Const. nacional). Para Marienhoff se infiere del derecho a la vida, y comprende tanto la *integridad física* como la *psíquica*. La inclusión de estos dos rubros es igualmente asumida en el voto del juez Petracchi en "Bazterrica" (*Fallos*, 308:1392, consid. 6°). En "Costa", se menciona la integridad *moral* de las personas (*Fallos*, 310:525).

El Pacto de San José de Costa Rica indica por su parte que "toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" (art. 5°, inc. 1).

¿Que involucra este derecho? En una primera aproximación, conservar todas las partes del cuerpo, y de esa manera impedir mutilaciones no consentidas (ver § 885). La ley 24.193, modificada por la ley 26.066, de trasplantes de órganos y tejidos, sólo disciplina la extracción de esas partes del cuerpo, que si se trata de una persona viva "estará permitida cuando sólo se estime que razonablemente no causará un grave perjuicio a la salud del dador y existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor" (art. 14).

La directriz constitucional obliga, asimismo, a adoptar precauciones en cuanto a las donaciones de órganos de menores, prohibiéndolas hasta que los donantes tengan un desarrollo psíquico y físico adecuado para decidir responsablemente y sin presión de familiares, médicos o sus relaciones en general.

También comprende este derecho constitucional la prohibición de torturas o tratos inhumanos, tema que vemos en el § 1134. Veda asimismo el empleo de técnicas que perjudiquen la integridad o autonomía de la psiquis de una persona, como por ejemplo el *lavado de cerebro*, la hipnosis no querida y cualquier método parecido.

Interesa determinar en qué medida el derecho a la integridad corporal puede ser renunciado por cada habitante. El tema ha tomado particular interés en el caso de intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo, que en su momento provocaron sanciones penales al médico que las practicó, no obstante el requerimiento de la víctima (CNCrimCorr, "San Martín, R.", *LL*, 123-603), aunque posteriormente la ley 17.132 las permitió, pero con previa autorización judicial (art. 19, inc. 4°).

§ 882. ***Derecho a la salud.*** – ¿Existe un derecho *constitucional* a la salud? Se ha observado que éste no figura en la Constitución de 1853-1860, atento a las ideologías entonces vigentes, para las cuales el cuidado de la salud importaba, en principio, una cuestión a atender por cada uno, y no por el Estado (Carnota).

Sin embargo, en "Los Saladeristas", la Corte Suprema advirtió, en el siglo XIX, que el Gobierno estaba obligado a "proteger la salud pública", y a no autorizar, por ende, la instalación de un establecimiento industrial que pudiese afectarla (*Fallos*, 31:274).

Por lo demás, parte de la doctrina (Bidart Campos, Quiroga Lavié) entiende el derecho a la salud como derecho constitucional no enumerado, ubicable en el art. 33 de la Const. nacional. Y en "Ponzetti de Balbín", la Corte Suprema ubicó la protección de la *salud mental* y *física* en el art. 19 (*Fallos*, 306:1907, consid. 8°).

En "Baricalla" (*Fallos*, 310:112), la Corte dedujo el derecho de la salud como secuela del derecho a la vida, tesis repetida, por ejemplo, en "Asociación Benghalensis" (*Fallos*, 323:1339) y en "Campodónico" (*Fallos*, 323:3229), donde se destaca que ahora está refrendado por varios documentos de nivel constitucional, según el art. 75, inc. 22, de la Const. nacional.

A su turno, en "Asociación de Esclerosis Múltiple", la Corte Suprema juzga al derecho a la salud como reconocido por varios instrumentos internacionales con rango constitucional, extensivo tanto a la salud individual como a la colectiva (*Fallos*, 326:4931).

En "Orlando" (*Fallos*, 328:1708), la Corte Suprema reitera enfáticamente que el derecho a la salud está vinculado al derecho a la vida, y que éste, reconocido por la Constitución y por tratados internacionales con nivel constitucional, le impone al Estado nacional garantizarlo –de modo impostergable– incluso con acciones positivas, a fin de "promover y facilitar las prestaciones de salud", sin perjuicio de compromisos similares que puedan tener las provincias, las obras sociales o las de medicina prepaga (considerandos 3° y 4°). De estas afirmaciones parece desprenderse una obligación constitucional del Gobierno de suministrar medicamentos, tratamientos, prótesis y atención médica a todos los necesitados y para toda dolencia, de manera completa e ilimitada. De hecho, ello importa una interpretación mutativa por adición de la Constitución histórica, en cuanto a los deberes del Estado en esa materia,

por cierto que idealista y muy bien inspirada, aunque sin computar los costos que enunciados tan generales pueden provocar en materia de ampliación del presupuesto oficialmente aprobado a esos fines por el Congreso, que notoriamente no está previsto con esos alcances.

§ 883. ***El deber de curarse.*** – ¿Es válido imponer a alguien el deber de curarse, en resguardo de su salud? En "Jakobson", la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, Sala H, concluyó que se debe respetar la voluntad de un adulto que no quería someterse a un tratamiento clínico, quirúrgico o examen médico, que incluía la amputación de un pie, no obstante que su hijo, también mayor, requería esa operación en resguardo de la salud del enfermo (*ED*, 144-122). La conclusión parece acertada, aunque sería distinta si la negativa de ese adulto pudiese ocasionar daños a terceros.

Por ejemplo, explica Bidart Campos, si alguien no quisiera vacunarse contra determinada enfermedad epidémica, cuya propagación pudiere perjudicar a la comunidad donde vive.

Muy especial es el caso de quien, en virtud de una convicción religiosa, pone en riesgo la vida de otros. En tal supuesto, su acción está causando un perjuicio a un tercero, y la directriz del art. 19 de la Const. nacional (en el sentido de que admite la regulación estatal de hechos privados que dañen a terceros), autoriza la intervención de la autoridad pública para resguardar la vida de ese tercero. Al respecto, la jurisprudencia ha decidido que corresponde autorizar una transfusión de sangre en favor de un menor recién nacido, acto al que se oponían sus progenitores invocando pertenecer a los testigos de Jehová (CCivCom San Martín, Sala II, "A. Q., J. R.", *ED*, 125-540; JuzgNacCiv nº 3, *ED*, 114-113).

En "Bahamondez", la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia obligó a realizar una transfusión de sangre, no querida por un adulto para sí mismo, argumentando que las ideas religiosas (en el caso, se trataba de un testigo de Jehová), tenían que ceder cuando pusieran en riesgo la vida de quien las profesaba (*ED*, 134-295).

La Corte Suprema, al resolver la misma causa, se abstuvo por mayoría de pronunciarse sobre el fondo del asunto, por resultar innecesaria la transfusión al momento de resolver. No obstante, dos

jueces (Fayt y Barra) entendieron que existe un principio constitucional de "señorío del propio cuerpo", que legitimaba la decisión del paciente de no aceptar el auxilio médico. Otros dos (Boggiano y Cavagna Martínez) expresaron que nadie puede consentir un daño a su integridad corporal, pero una cosa distinta y constitucionalmente tutelada era el derecho a la objeción de conciencia con respecto a una transfusión, siempre que no se afectasen derechos de terceros. Finalmente, los votos de los jueces Petracchi y Belluscio indicaron que hay un derecho a no operarse, o a no aceptar la transfusión, salvo que existiese un "interés público relevante" en realizar coactivamente el acto en resguardo de la salud; por ejemplo –siguiendo la jurisprudencia estadounidense–, si estuviere en juego la vida o integridad física de hijos pequeños del enfermo renuente a consentir su curación, cosa que no pasaba en el caso citado (*DJ*, 1993-2-501).

§ 884. ***Consecuencias del derecho constitucional a la salud.*** – Además del derecho a que nadie perjudique la salud de otro, y de nuestro derecho a cuidarla recurriendo a las prestaciones médicas que elijamos, ¿existe un derecho constitucional a requerir al Estado atenciones asistenciales efectivas, preventivas o terapéuticas, en caso de ser ello necesario?

La Corte Suprema ha avanzado más en el tema, destacando que el derecho a la salud está reconocido por diversos instrumentos internacionales de rango constitucional, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivos a la salud individual y colectiva, y que –aparte de no interferir en el ejercicio personal de tales derechos– el Estado "tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio" ("Asociación Benghalensis", *Fallos*, 323:1339), donde imputó al Estado del deber de suministrar reactivos y medicamentos para el sida, aunque basándose igualmente en lo dispuesto por la ley 23.798. Tesis similar se enunció en "Campodónico" (*Fallos*, 323:3229), también con sustento en la ley 22.431, en cuanto a medicinas para un niño.

No obstante, en "Ramos", la mayoría del alto tribunal, respecto del requerimiento de una cuota efectiva, continua y concreta

mensual para satisfacer las necesidades básicas de un grupo familiar, sostuvo que ello significaba transferir al Estado una obligación que el Código Civil establecía para los familiares, y que la interesada debía –en todo caso– canalizar su reclamo por el sistema de la seguridad social, no correspondiéndole a la Corte Suprema alterar el presupuesto nacional elaborado por el Congreso, quien debe velar por la satisfacción del bienestar general, según el art. 75, incs. 18 y 32, de la Const. nacional ("Ramos", *Fallos*, 325:396).

§ 885. ***Autodegradación.*** – Corresponde averiguar, del mismo modo que lo observado sobre el suicidio (ver § 878), si no hay un derecho constitucional de atentar contra la propia salud, por medio de automutilaciones, ingestión de drogas, consumo excesivo de alcohol, tabaco, etcétera.

Reiteramos que según el voto mayoritario de la Corte Suprema, en "Bazterrica" (*Fallos*, 308:1392), parecería que ese derecho existe amparado por el art. 19 de la Const. nacional. La Corte dijo –repetimos– que "las conductas de los hombres que se dirijan sólo contra sí mismos", no son condenables por el Estado, en razón de que éste "no debe imponer ideales de vida a los individuos". Al contrario, los votos minoritarios de los jueces Fayt y Caballero, en "Capalbo" (*Fallos*, 308:1469), sostuvieron que "sería inconcebible suponer una acción o recurso de amparo que tuviese por objeto lograr la tutela estatal para proteger la propia degradación".

El tema de la autodegradación, como contrapartida del derecho constitucional a proteger la salud y la integridad de la persona, debe enfocarse –del mismo modo que el suicidio– en el ámbito del art. 19 de la Const. nacional (ver § 878). Si la autodegradación se mantiene en la esfera de privacidad de esa norma, resulta tutelada por ella, no como derecho constitucional autónomo, sino como aplicación del derecho constitucional a la intimidad.

En cambio, si traspasa ese orden de intimidad, sea por afectar (o poder afectar) el orden y la moral pública, o perjudicar "de algún modo" a terceros (art. 19), el acto en cuestión es regulable por el Estado, quedando el asunto a criterio de una prudente y razonable regulación legislativa.

§ 886. ***Derecho a la calidad de vida. Ecosistema y paisaje.*** Algunas constituciones enuncian el derecho de todos a tener un ambiente humano de vida, salubre y ecológicamente equilibrado, lo que importa *prohibiciones* (p.ej., impedir la contaminación y el aprovechamiento irracional de los recursos naturales) y *obligaciones positivas* para el Estado (tales como tutelar el paisaje, proteger determinadas especies, desarrollar reservas y parques, etcétera). Un ejemplo de ello es el art. 66 de la Const. de Portugal (en la Argentina, entre otras, pueden citarse las const. de Córdoba, art. 123, y la de Río Negro, art. 70 y siguientes).

§ 887. ***Reforma constitucional de 1994. Artículo 41.*** – Respondiendo a un punto específico de la ley de convocatoria 24.309, la Convención trató concretamente el tema en el art. 41, elaborado inicialmente en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías. El miembro informante destacó, en efecto, que se trataba de derechos de tercera generación, y citó como antecedentes las constituciones de España, Portugal y el Perú, además de una serie de declaraciones y convenios internacionales, como las conferencias de Estocolmo (1972) y la Cumbre de Río de Janeiro (1992), entre las principales ("Diario de Sesiones", p. 1606 y ss., *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4564 y siguientes). De la nueva norma cabe destacar lo siguiente.

a) *Sujetos tutelados.* El precepto ampara a "todos los habitantes", pero también, y de modo curioso y por cierto feliz, habla también de las "generaciones futuras", vale decir, de "los hombres del mañana", lo que implica para el Estado un compromiso hacia el porvenir. La convencional informante mencionó así a un *derecho intergeneracional*, preocupado por un *ecodesarrollo* (expresión tomada de la Conferencia de Estocolmo), o sea, de un *desarrollo humano sustentable*, expresión que usa el informe Brundtland ante Naciones Unidas. Ello implica cuidar el ambiente no sólo para las personas de hoy, sino también para "aquellos que van a heredar este ambiente" ("Diario de Sesiones", p. 1607, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4565). Oblicuamente se está reconociendo así categoría de sujetos constitucionales a las generaciones futuras.

b) *Objetivos: ambiente sano y equilibrado.* La idea de "ambiente sano", según el constituyente, involucra las nociones de preservación y no contaminación de elementos tales como el aire, el agua, el suelo y los demás factores necesarios para la vida: viviendas, agua corriente, espacios verdes, escuelas, cárceles, hospitales, oficinas, fábricas, etcétera. Incluye el control del ruido ("Diario de Sesiones", p. 1607, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4565).

A su vez, la idea de "ambiente equilibrado" implicó para la asamblea de 1994 que los ambientes transformados o agredidos por el hombre debían contar con respuestas equivalentes, que generaran condiciones aceptables de vida ("Diario de Sesiones", p. 1607, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4565).

c) *Utilización racional de los recursos naturales y preservación del patrimonio natural y cultural.* El despacho mayoritario mencionó que ello obligaba, primero, a un relevamiento y conocimiento de tales recursos, entre los que estaban los bienes de valor histórico y arquitectónico, los restos fósiles, arqueológicos y antropológicos ("Diario de Sesiones", p. 1608, 1796 y 1797, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4566, 4665 y 4666).

d) *Preservación de la diversidad biológica.* El sentido de la norma constitucional es el cuidado de la variedad de las especies y de los ecosistemas, comprendiendo desde luego a las diversidades genéticas. El asunto puede comprender, a través de la biotecnología, el mejoramiento de la herencia genética. En particular se hizo hincapié aquí en la protección de la biodiversidad, según la Cumbre de Río de Janeiro ("Diario de Sesiones", p. 1608, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4566).

e) *Deberes.* El nuevo artículo conlleva el *deber de preservación*, tanto para los habitantes como para el Estado. Las "actividades productivas", comprensivas de las de bienes y servicios, están explícitamente comprendidas en esa obligación ("Diario de Sesiones", p. 1796, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4665).

También existe, para aquellos sujetos, el *deber de recomposición*, ante la presencia de un daño ambiental, que consiste en restablecer, de ser posible, la situación previa al daño (en tal sentido, se dio el ejemplo de una tala de árboles, compensada por nuevas plantaciones); y, de no ser posible ello, el *deber de reparación* cuando el daño se produzca y no se vuelva a las condiciones anteriores. De todos modos, el constituyente aclaró que la nueva norma no daba vía libre al principio "contaminador-pagador".

Entre los deberes específicos del Estado, el nuevo texto menciona, para las "autoridades" (deben entenderse como "autoridades estatales", según el miembro informante, tanto las nacionales como las locales, "Diario de Sesiones", p. 1797, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4665), la obligación de *proveer* a la protección de esos derechos ecológicos, lo que involucra, también según el espíritu de la norma, generar una especial "responsabilidad del Estado".

Otro deber específico y explícito del Estado concierne, según el art. 41, en suministrar *información y educación ambientales*, cosa que incluye, según el despacho mayoritario, información clara y accesible, incluso producida por el Estado en los casos en que no exista ("Diario de Sesiones", p. 1609, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4567).

Este manojo de *deberes* estatales genera a su turno *atribuciones* para el Estado, en el sentido de, por ejemplo, fijar reglas de uso y explotación del patrimonio ecológico y cultural, incluyendo prohibiciones aun cuando tal patrimonio estuviere en manos privadas.

Precisamente, en materia de hechos no admitidos, la parte final del art. 41 prohíbe el ingreso en todo el territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos. La interdicción alude a cualquier sujeto, particular o estatal, y está formulada en términos amplísimos. En efecto, se quiso impedir la admisión de elementos que, acondicionados de cierta manera, pueden no ser riesgosos de inmediato, pero sí lo son "potencialmente". Y con respecto a los radiactivos, se los erradica de modo terminante, a fin de aventar cualquier duda sobre ellos ("Diario de Sesiones", p. 1609 y 1610, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*; t. V, p. 4567).

Antes de la reforma de 1994, el tema de los residuos peligrosos fue regulado por la ley 24.051.

f) *Competencias.* El art. 41, párr. 3°, indica que "corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales". El Estado nacional, en síntesis, debe sancionar una *legislación de base*, con iguales condiciones de protección para todos los habitantes del país (al respecto, el miembro informante hizo mención al caso del ozono y del dióxido de carbono). A las provincias, por su parte, les toca la posibilidad de legislar por encima de ese mínimo, mejorándolo, e incluir asuntos que hagan a las materias específicas o particulares de cada una de ellas ("Diario de Sesiones", p. 1609 y 1738, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4567 y 4632).

El texto constitucional, al referirse a las jurisdicciones locales, destaca que es éste un tema de competencias concurrentes ("Diario de Sesiones", p. 1798, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4566), tanto en materia de legislación como de jurisdicción, alternativa que sugiere, según el miembro informante de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, la celebración de acuerdos intergubernamentales ("Diario de Sesiones", p. 1609, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4567).

Resta añadir que el art. 43, cuando regula la acción de amparo, amplía la legitimación procesal activa para la protección de los derechos del ambiente y de incidencia colectiva en general. Nos remitimos a los § 317 a 324.

A su turno, la ley 25.675, relativa –en general– al ambiente, ha propugnado, en su art. 30, una acción de amparo específica, y otras relativas al mismo tema.

En "Mendoza" (o caso "del Riachuelo"), la Corte Suprema advirtió que los jueces debían actuar "con particular energía" para hacer efectivos los preceptos constitucionales protectorios del ambiente, conforme las directrices de la ley general de la materia, 25.675 (*LL*, 2006-D-86).

§ 888. ***Derecho a la dignidad.*** – La significación de este derecho ha sido muy destacada por Ekmekdjian, en el sentido de que opera aun cuando caduquen los demás derechos personales emergentes de la Constitución. Por ejemplo, en el supuesto de que alguien pueda ser constitucionalmente privado de su vida (ya sea por un delito previsto en el Código de Justicia Militar, o por un delito en causa no política), cuenta de todos modos con el derecho a no ser ejecutado, violándose su dignidad personal.

El derecho a la *dignidad individual* (así lo llama la Corte Suprema en "Costa", *Fallos*, 310:526, consid. 9°) es, a su vez, fuente de otros derechos, como el del honor (en tal sentido, ver § 893), o al buen trato en las prisiones (CNCrimCorr, Sala II, "Ausejo", *DJ*, 1990-1-569; ver § 1163), o a la propia imagen (ver § 894). En definitiva, es el centro sobre el que se fijan los derechos fundamentales de la Constitución ("Aquino", *Fallos*, 327:3753).

En "Sejean", la Corte Suprema expresó claramente que el derecho a la dignidad humana es uno de los derechos constitucionales no enumerados, comprendido en el art. 33 (*Fallos*, 308:2268). Y en "Pupelis", definió a la dignidad humana como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de la Constitución (*Fallos*, 314:424).

§ 889. ***Derecho a la personalidad jurídica.*** – El derecho a que el Estado reconozca la *personalidad jurídica* de cualquier individuo (entendida como la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones) está explicitado en el art. 3° del Pacto de San José de Costa Rica.

No figura expresamente en la Constitución argentina. De todos modos, sí rige al ser aquel Pacto derecho vigente con rango constitucional (art. 75, inc. 22). Pero también cabe conceptuarlo como derecho constitucional no enumerado (art. 33), ya que atañe a la dignidad del hombre y al derecho natural de éste de ser sujeto de derecho. Históricamente han existido negaciones del derecho a la personalidad para los esclavos (la esclavitud fue prohibida por el art. 15, Const. nacional) y los *muertos civiles*.

§ 890. ***Derecho al nombre.*** – La Constitución nacional no menciona el tema del derecho al nombre, pero como observa el juez Fayt, en "Stegemann", se trata de una facultad constitucional sobreentendida o tácita, emergente de los arts. 14 y 33 de la ley suprema (*Fallos*, 312:1121). Con esta conclusión coincide el Pac-

to de San José de Costa Rica, que puntualiza: "Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario" (art. 18).

En la elección del nombre entran en juego tanto el interés general, en pro de la individualización de las personas y de la preservación del idioma, como el interés personal de los padres del nacido, y del portador del nombre después, ya que el nombre se relaciona con la personalidad del sujeto en cuestión ("Halladjian", *Fallos*, 302:457).

§ 891. ***Derecho a la identidad.*** – El derecho al nombre presupone la existencia de un derecho constitucional a la identidad.

El derecho a la identidad, definido brevemente como "el derecho a ser uno mismo", y a "no ser confundido con los otros" (Espinoza Espinoza), puede ser entendido de modo *estático* (en el sentido de conservar lo que he sido) o *dinámico* (como el derecho a asumir nuevas condiciones, o a cambiar las actuales).

El derecho a la identidad está ocasionalmente enunciado de modo expreso, por ejemplo, en el art. 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño. Actualmente reviste un interés especial en las pruebas compulsivas de análisis hematológicos, a los fines, por ejemplo, de averiguar la paternidad. La Corte Suprema ha admitido ese medio probatorio, estando en juego la identidad de un menor ("H., C. S., y otro", *JA*, 1996-III-436), pero tal tesis puede extenderse a otras hipótesis de averiguación de identidad de adultos. El principio de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo es más atenuado en el fuero civil, donde se ha admitido, por ejemplo, la prueba de absolución de posiciones (ver § 1132).

A su vez, la retención infundada de documentos de identidad importa un acto inconstitucional ("Vázquez Ferra", *Fallos*, 326: 3758).

También Bidart Campos infiere de lo dicho un derecho a la identidad sexual, con lo que una persona podría realizar incluso las intervenciones quirúrgicas del caso para adoptar una definición sexual. La tesis es correcta, siempre que todo ello se realice de

modo razonable y no caprichoso. En otras palabras: no existe un derecho constitucional a cambiar de sexo a placer del interesado, es decir, a un transexualismo libre, porque ello no coincidiría con el pensamiento iusnaturalista que inspira a la Constitución (ver § 859), pero sí a que toda persona tenga un sexo definido, según su conformación predominante, punto propio de las ciencias médicas.

§ 892. ***Derecho a la nacionalidad.*** – Desde el momento en que el Congreso debe regular la naturalización y la nacionalidad "con sujeción al principio de la nacionalidad natural" (art. 75, inc. 12), surge para los argentinos nativos el derecho a ser *ciudadanos* y *nacionales* de la República. Otros artículos de la Constitución refieren a los derechos de los ciudadanos (arts. 8°, 21, etcétera).

Sobre los conceptos y problemática constitucional de naturalización, nacionalidad, ciudadanía, su pérdida y las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica al respecto, nos remitimos al § 388 y siguientes.

§ 893. ***Derecho al honor.*** – Concebido explícitamente como derecho constitucional por la Corte Suprema en "Ponzetti de Balbín" (*Fallos*, 306:1907), es después reiterado en "Campillay" (*Fallos*, 308:799, consid. 5°) y en "Costa" (*Fallos*, 310:525), emparentándoselo aquí con el derecho constitucional a la *integridad moral* (ver § 881) y con el de *dignidad individual de los ciudadanos* (consid. 9°). En concreto, refiere a la buena *reputación de las personas* ("Campillay", *Fallos*, 308:800, consid. 7°). Es un derecho no enumerado emergente del art. 33 de la Const. nacional.

Según la doctrina de la Corte en "Costa", el derecho al honor justifica la sanción penal cuando actos lesivos lo ataquen y surge la responsabilidad civil consecuente (*Fallos*, 310:525).

Paralelamente, el Pacto de San José de Costa Rica aclara: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra" (art. 11, inc. 1), y que "nadie puede ser objeto de ataques ilegales a su honra o reputación" (art. 11, inc. 2).

§ 894. ***Derecho a la propia imagen.*** – Esta expresión se utiliza con varios sentidos. Uno de ellos, inferido del derecho a la

intimidad, lo vincula con la *imagen* que una persona tiene derecho a conservar en su vida privada. En tal sentido, esa imagen no debe ser difundida sin su autorización (doctrina de la Corte Suprema, en "Ponzetti de Balbín", *Fallos*, 306:1907, consid. 8°). Otra versión del derecho a la "imagen pública" (también en "Ponzetti de Balbín", *Fallos*, consid. 9°), refiere al *honor* de las personas.

Una tercera expresión del derecho a la propia imagen consiste en reconocer a cada persona la facultad de vestirse o arreglarse como le parezca, respetando naturalmente a los demás y a la moral pública. Así, se ha reconocido a un preso el derecho a usar barba (CFed BBlanca, "Interno P. S.", *JA*, 1990-I-464).

Lo importante es subrayar que el derecho a la propia imagen tiende a perfilarse como *derecho constitucional*.

Desde esta perspectiva, tal derecho impide la reproducción no consentida de las fotos de una persona, especialmente si se han tomado en su ámbito doméstico, aunque también en lugares públicos, en particular con fines lucrativos. También veda la utilización de la voz o del nombre de una persona sin su autorización (Torres Del Moral).

§ 895. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos, constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con la condición humana de la siguiente manera.

a) *Vida. Aborto. Pena de muerte.* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 1° y 3°), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3°), Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (arts. I a III), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 10 y 12), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 4°, 22 y 27) y Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 1°, 6°, 38).

b) *Integridad corporal.* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1°), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 3° a 5°), Convención para la Prevención y

la Sanción del Delito de Genocidio (art. II), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 7° y 8°), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 5°, 6° y 27) y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (arts. 1° a 3° y 16).

c) *Derecho a la salud.* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 10 y 12), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 10 a 12 y 14) y Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3°, 24 y 25).

d) *Ambiente y recursos naturales.* Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 1°) y Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24).

e) *Derecho a la dignidad.* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (preámbulo y arts. XII, XIV, XXIII), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1°, 22 y 23), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 7° y 13), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (preámbulo), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 5°, 6° y 11), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (preámbulo), Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (preámbulo) y Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo, arts. 23, 28, 37, 39 y 40).

f) *Derecho a la personalidad jurídica.* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVII), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 6°), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 16) y Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 1° y 3°).

g) *Derecho al nombre y a la nacionalidad.* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIX), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 15 y 16), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 1° y 5°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 18 y 20), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 9°) y Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7° y 8°).

Capítulo XXI

DERECHO A LA SEGURIDAD

§ 896. ***Introducción.*** – El valor *seguridad*, como el de *orden*, es uno de los más apreciados por el constitucionalismo de la primera etapa, de tipo individualista liberal (ver § 3). La Constitución se refiere a ambos en el Preámbulo, cuando menciona la paz interior y la defensa común; y en su cuerpo, con referencia a las condiciones de detención de los presos (art. 18), a la *seguridad común* (art. 75, inc. 2), y de las fronteras (art. 75, inc. 16). El art. 14 bis menciona otro aspecto del problema: la seguridad social; y el art. 19, aunque no lo diga expresamente, se detiene en la seguridad de las personas al dividir el ámbito de lo lícito y de lo ilícito.

Por lo demás, el concepto constitucional de seguridad ha sido desarrollado (y ampliado) modernamente con nuevas perspectivas sobre su contenido (ver § 900). Cabe detenerse, por tanto, en estas variables.

a) *Seguridad del Estado.* Ésta engendra competencias específicas para aquél (declaración de guerra, estado de sitio, etcétera).

b) *Seguridad de las personas.* Ello, a su vez, genera en nuestra Constitución los siguientes derechos: a realizar o no realizar lo no prohibido; a hacer o no hacer lo permitido; a contar con *seguridad jurídica* y a que se les brinde *seguridad pública*.

La Corte Suprema ha señalado que el principio de seguridad jurídica tiene raigambre constitucional ("Radiodifusora Mediterránea", *Fallos*, 325:2875).

§ 897. ***Seguridad del Estado.*** – En "Merck" (*Fallos*, 211: 297), la Corte Suprema aludió a la "seguridad de la Nación", calificándola como *suprema*. La Corte explicó que ese concepto se vincula con las ideas de salvaguardia de la integridad e independencia nacional, el derecho de guerra y la perdurabilidad del Estado argentino. En el orden normativo, la seguridad del Estado tiene conexión con el art. 75, inc. 2, de la Const. nacional (cuando ésta habla de la "seguridad común y bien general del Estado"), y el inc. 16 del mismo artículo (al referirse a la "seguridad de las fronteras").

La *seguridad del Estado* cubre, habitualmente, dos áreas: la *seguridad exterior*, a fin de preservar la persistencia del Estado y el respeto de sus derechos en el ámbito internacional, y la *seguridad interior*, referente al mantenimiento del orden público local.

§ 898. ***Seguridad de las personas. Derecho a realizar lo no prohibido.*** – De resultas del art. 19 de la Const. nacional, cuando dispone que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe se infiere un derecho *constitucional* a realizar lo no prohibido.

La tesis de que *lo no prohibido está permitido*, aunque no estuviera enunciada en la Constitución, surge como un "principio esencial de todo ordenamiento jurídico" (Recaséns Siches).

Esto es por razones de *libertad* (puesto que la tesis contraria, "lo no prohibido está también prohibido", conduciría a un Estado despótico y aberrante), como por razones *técnicas* (Goldschmidt señala que hay "una imposibilidad de prever o prescribir exhaustivamente lo que ha de ocurrir", razón por la cual la ley deja lo no prohibido como lícito).

Una variable de este derecho es el de no ser condenado sino por hechos conceptuados por la ley como ilícitos penales (ver § 1148).

Las pautas de la Corte Suprema indican que lo *prohibido*, puede emanar tanto de una ley del Congreso como de un decreto reglamentario de ley emanado del Poder Ejecutivo, emitido según la regla constitucional del art. 99, inc. 2 ("Muro Bustelo y Cía.", *Fallos*, 202:193).

El denominado "principio de reserva de la ley" deja en poder exclusivo del Congreso de la Nación definir, precisamente por ley

(y no por decretos del Poder Ejecutivo), ciertos temas como los delitos (art. 18, Const. nacional) y los impuestos (art. 4°, Const. nacional).

§ 899. ***Derecho a no hacer lo permitido.*** – Del art. 19 de la Const. nacional, cuando señala que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley", se desprende que dentro de los *actos lícitos* cabe distinguir: *a*) los *permitidos* explícitamente cuyo cumplimiento es voluntario para el sujeto, y que, por lo tanto, puede realizarlos u omitirlos; *b*) los *no prohibidos* (permitidos tácitamente), también de cumplimiento optativo, y *c*) los *obligatorios*, que son los impuestos por la ley o la Constitución como carga pública (p.ej., pagar un tributo).

Hay, pues, un derecho constitucional a *no hacer* lo permitido y no prohibido; pero *no* a *no hacer lo obligatorio*.

§ 900. ***Derecho a la "seguridad jurídica".*** – Últimamente la sociedad argentina está manejando el concepto de *seguridad jurídica*, con respecto a lo *predecible de las conductas de las autoridades estatales*, en cuanto aquella seguridad demanda que los actos de esos órganos se conformen, en *procedimiento* y *contenido*, a la Constitución (ver "La Nación", del 20/9/92).

Desde esta perspectiva, hay *seguridad jurídica* en los siguientes casos:

a) Cuando el habitante sabe *que las decisiones de los poderes públicos se adoptarán según el esquema constitucional de asignación de competencias*; es decir, que se respetará el subprincipio de *corrección funcional* (ver § 17, a): un órgano no asumirá funciones de otro.

b) El derecho a la *seguridad jurídica* exige igualmente que se respete el *contenido* de la Constitución y, en particular, los derechos personales que ella reconoce: libertad, igualdad, propiedad, etcétera.

Es posible detectar, por ende, un *derecho personal a la seguridad jurídica*, como aplicación del valor constitucional de seguridad, demandable ante los poderes públicos.

§ 901. ***Derecho a la "seguridad pública".*** – La otra variable del derecho a la seguridad equivale a un *derecho a la tranqui-*

lidad, es decir, a poder disfrutar sin riesgos, sobresaltos ni temores de los demás derechos constitucionales (como los de libre circulación, propiedad, vida, salud e integridad física, etc.), vale decir, sin sufrir daños o perturbaciones en las personas o en los bienes (Soler). Implica el deber del Estado a resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia ("Badin", *Fallos*, 318:2002, y "Gothelf", *Fallos*, 326:1269).

Ello impone dos consecuencias: el derecho a exigir una *acción preventiva* por parte del Estado, a fin de impedir atentados contra los derechos constitucionales, provengan éstos de particulares o agentes públicos, y el derecho a exigir, también, una acción *represiva* si se producen los ataques no evitados, para castigar a los infractores y hacer efectivas las indemnizaciones pertinentes. Surge, pues, una obligación constitucional del Estado de programar un *sistema de protección* de los derechos personales.

Conviene destacar que, en "Montalvo" (*LL*, 1991-C-80), la Corte Suprema admitió que la "sociedad espera la protección de sus derechos que atañen a la moral, salud y seguridad públicas" (consid. 27), admitiendo de tal modo el rango constitucional del concepto que tratamos.

En "Simón" (*JA*, 2005-IV-377), la Corte Suprema, siguiendo directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, advirtió que el Estado, en materia de derechos personales, tiene un "deber de garantía", tanto para impedir que sus agentes o personas que se amparen en los poderes públicos lesionen a los habitantes, como para que adopte una debida diligencia para prevenir o para tratar, según el Pacto de San José de Costa Rica, la violación a los derechos humanos cuando fuere cometida por particulares o sujetos no identificados.

§ 902. ***¿Derecho a portar armas?*** – En la Argentina, la Corte Suprema entiende que no hay un derecho constitucional a tener y utilizar armas, no obstante la obligación de los ciudadanos a armarse en defensa de la patria y de la Constitución, según el art. 21 (ver § 717). La tenencia de armas es materia regulable discrecionalmente por el Congreso ("Aerolíneas Argentinas", *Fallos*, 269:318).

§ 903. ***La seguridad en y de las cárceles.*** – El art. 18 de la Const. nacional dispone que las cárceles de la Nación existen "para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas".

Parte de la doctrina entiende que el mentado art. 18 protege la *seguridad de los detenidos* (Joaquín V. González, Neuman). ¿Quiere la Constitución significar, entonces, que en esa detención no está en juego la seguridad de la sociedad? Montes de Oca explica que el art. 18 procura "mantener la seguridad", y que la pena "es una medida de seguridad social, que se toma en salvaguardia de los intereses de todos, y que tiene por fin imponer un correctivo a los individuos que demuestran ser inocuos para la convivencia". Cabe pensar que la *seguridad* mencionada por el art. 18 incluye tanto la de los *presos* como la de la *sociedad.*

Al respecto, si se admite que la pena es una manifestación de la coerción penal, y que su objeto es la seguridad jurídica, en el sentido de prevenir futuras conductas delictivas (Zaffaroni), cabe inferir que en la reforma y readaptación social de los detenidos, según lo postula el art. 5°, inc. 6, del Pacto de San José de Costa Rica, está comprendido un interés social en el cual, por medio de tal recuperación, el sujeto no delinca más y así se afiance la seguridad colectiva.

En materia de seguridad de los detenidos en las cárceles, un fallo significativo de la Corte Suprema es el vertido en la causa "Lavado" (sentencia del 6/9/06), donde el alto tribunal debió expedirse en torno a medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación a la situación de presos en la Penitenciaría de Mendoza y la Unidad Gustavo André de Lavalle. Ante el reiterado desobedecimiento a esas directivas impartidas para evitar, en particular, el hacinamiento de los reclusos, la detención conjunta de jóvenes con adultos y el asesinato de internos, la Corte Interamericana había destacado que el Estado argentino no puede alegar la descoordinación entre las autoridades provinciales y las federales, responsables éstas, además, en el orden internacional, de las violaciones a los derechos humanos habidas en todo el territorio nacional. En conclusión, la Corte Suprema argentina ordenó al Estado nacional y a la Provincia de Mendoza presentar informes para acreditar en qué medida se han obedecido las directivas de la Corte Interamericana en tales cuestiones. Con anterioridad ("Badin", *Fallos*, 318:2002, y "Gothelf", *Fallos*, 326:1269), la Corte indicó que el Estado debe custodiar la

vida, salud e integridad física y moral de los presos, debiendo indemnizarlos por los daños que al respecto sufrieren. En el mismo sentido, "Manzoni", *Fallos*, 327:5857.

§ 904. ***Seguridad social.*** – Esta versión del valor seguridad alude al derecho de prevenir cierto tipo de infortunios (y en su caso de enfrentarlos) de índole laboral, familiar o producto de la misma naturaleza humana, como la muerte natural. El tema está tratado por el art. 14 bis de la Const. nacional y lo consideramos en el § 1090 y siguientes.

§ 905. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con la seguridad.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. I y XXVIII), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3°), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 7° y 8°), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9°, 12, 13, 18, 19, 21 y 22), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 7°, 12, 13, 15, 16, 22, 27 y 32), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 10 y 13 a 15).

Capítulo XXII

DERECHO A LA PRIVACIDAD

§ 906. ***Introducción. Juridicidad del mundo privado. Su extensión.*** – El art. 19, parte 1ª, de la Const. nacional establece: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados".

Una primera lectura de la norma, que reconoce el denominado *derecho a la privacidad* o *intimidad*, parece llevar a concluir que el *mundo privado* de toda persona es una zona *metajurídica*, extraña al derecho, donde no llega el poder de la ley (Joaquín V. González, Casiello).

Sin embargo, el *mundo privado* no es una esfera ajena al derecho. Según el principio de que "lo no prohibido está permitido" (que enuncia la última parte del art. 19, Const. nacional; ver § 898), resulta que la intimidad de una persona es una zona intrínsecamente *lícita*, y que merece respeto y protección (incluso, en el caso argentino, a nivel constitucional). El criterio de la mayoría de la Corte Suprema, en "Bazterrica" (*Fallos*, 308:1412), se inclina hacia esta tesis. La misma postura se había anticipado en "Ponzetti de Balbín" (*Fallos*, 306:1892, consid. 8°); el art. 19 "protege jurídicamente un ámbito de la autonomía individual", comprensivo no sólo de la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino también de otros aspectos de la personalidad espiritual y física de las personas, como sus sentimientos y su propia imagen ("Menem", *Fallos*, 324:2895, consid. 12).

§ 907. ***Delimitación del ámbito privado y del público.*** – En el derecho argentino es posible detectar *tres* tipos de conductas, en orden a diferenciar lo privado de lo público.

a) *Acciones privadas internas.* Son los comportamientos privados en sentido estricto (conductas *íntimas* o *inmanentes*), ya que principian y concluyen en el sujeto que las realiza. No trascienden de él.

b) *Acciones privadas externas.* Son comportamientos que trascienden al sujeto que las realiza y, por tanto, son conocidas por los demás; pero no interesan al orden y a la moral pública, ni causan perjuicio a terceros. Dicho de otro modo, no afectan al bien común. A los fines del art. 19 de la Const. nacional son también acciones privadas, con la misma tutela en favor de quien las hace ("Bazterrica", *Fallos*, 308:1412).

c) *Acciones públicas.* Son acciones externas, ya que trascienden de quien las ejecuta y, además, preocupan al bien común (en particular, porque pueden comprometer el orden o la moral pública, o causar daño a terceros). Son regulables por el Estado y aun prohibidas por éste, de haber motivos para ello.

§ 908. ***Concepto constitucional del orden público, moral pública y perjuicio a terceros. Ética pública.*** – Las tres primeras nociones son empleadas por el art. 19 de la Const. nacional y resultan decisivas, según se anticipó, para determinar cuándo una acción es *privada interna, privada externa* o *pública.*

a) *Orden público.* Esa expresión alude, en el derecho constitucional argentino, al interés general o colectivo (Casiello) y, en definitiva, al bien común, entendido como bien *del público* en general y no sólo de una parte (aunque sea la mayoritaria).

b) *Moral pública. Ética pública.* El concepto de "moral pública" es discutido, ya que para algunos remite a la moral católica, que era la que prevalecía en la Constituyente de 1853 (Valiente Noailles), mientras que para otros el contenido de la *moral pública* está regulado por las costumbres sociales. La jurisprudencia de la Corte Suprema parece haberse inclinado hacia esto último, en "Sejean" (*Fallos*, 308:2268, consid. 16 y 19).

En "Ponzetti de Balbín", la Corte destacó también que "las formas de vida aceptadas por la comunidad" son pautas de selección entre lo público y lo privado (*Fallos*, 306:1892, consid. 8°); y en "Santa Coloma" (*Fallos*, 308:1106) indicó que no corresponde que los jueces se guíen por patrones de moralidad que exceden los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, en particular por el sentido de justicia de la sociedad.

Conviene tener presente que, en "Bosch", la Cámara Nacional Civil, Sala I, entendió que la moral pública era un ingrediente del bien común, y que éste importa un interés colectivo o difuso, sobre el que tienen legitimación activa los particulares en general, dado que los afectados o víctimas son "el conjunto de los habitantes de una manera personal y directa" (*JA*, 1994-I-523). Este pronunciamiento, que hemos compartido, da a la *moral pública* una entidad parecida –a los fines de promover acciones por cualquier afectado– a la *salud pública*; lo que llamaríamos, en el lenguaje del art. 43 de la Const. nacional, "un derecho de incidencia colectiva".

El nuevo art. 36 de la Const. nacional emplea a su vez el concepto de "ética pública", e indica que el Congreso sancionará una ley sobre ella, "para el ejercicio de la función" (cabe suponer que se refiere a la función pública).

Cabe preguntarse si la expresión "ética pública" del art. 36 es igual o distinta de la de "moral pública", que emplea el art. 19. En realidad, el constituyente de 1994 quiso emplear la idea de "ética pública" con un sentido específico, cual es atacar –mediante la ley– la corrupción, que se asumió como uno de los males de la democracia a los que cabía erradicar (convencional Cafiero, miembro informante del despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 1400, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4450).

La ley de ética de la función pública fue sancionada en 1999, bajo el número 25.188. Enuncia los deberes y pautas de comportamiento ético de quienes desempeñen funciones públicas en el ámbito nacional, sus declaraciones juradas de bienes, el régimen de incompatibilidades, conflictos de intereses y prohibición de recibir obsequios, regalos o donaciones.

Aparte de la ley 25.188, también fue aprobada por ley 24.759 la Convención Interamericana contra la Corrupción.

c) *Perjuicio a terceros.* La directriz constitucional es aparentemente clara: una acción *privada* deja de serlo si causa daños a los demás. Para la Corte debe tratarse, eso sí, de un daño a un bien jurídico razonablemente evaluado. Una simple molestia que cause a otro el acto de un sujeto, no basta para que tal acto le deba ser prohibido ipso facto ("Quela SRL", *Fallos*, 211:565).

En "Santa Coloma" (*Fallos*, 308:1106), la Corte Suprema señaló que el principio *alterum non lædere* (no dañar a otro), está incluido en el art. 19 de la Const. nacional.

§ 909. *¿Quién define lo público de lo privado, y cómo?* – En principio, la tarea de precisar qué tipo de conductas son privadas internas o externas, y cuáles son públicas, es tarea del legislador: "sólo por ley", indica la Corte Suprema ("Ponzetti de Balbín", *Fallos*, 306:1892, consid. 8°). En ello coincide el art. 19 de la Const. nacional, al puntualizar que nadie "será obligado a hacer lo que no manda *la ley*, ni privado de lo que ella no prohíbe".

¿Es factible que el legislador lleve una acción del ámbito privado hacia el público, sólo cuando ella *en acto* compromete al orden y moral públicos, o causa daño a terceros, o también si sólo *en potencia* (situación de riesgo) puede afectarlos? El texto del art. 19 de la Const. nacional es bastante amplio al respecto, ya que considera acciones privadas sólo a aquellas que "*de ningún modo ofendan* al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero". Una situación de *peligro* (concreto o abstracto: ver § 1092), por supuesto, de peligro *razonable* (y no de peligro absurdo), de ofensa a la moral, orden público o terceros, justifica entonces que el legislador regule la acción en cuestión que excedería el marco de lo privado, e ingresaría a lo público ("Montalvo", *Fallos*, 313: 1351).

Naturalmente, el pronunciamiento legislativo es revisable en la esfera judicial, para evaluar su razonabilidad y constitucionalidad.

§ 910. *Tenencia de estupefacientes.* – La frontera entre lo público y lo privado ha provocado varias discusiones. No obstante su criterio anterior ("Colavini", *Fallos*, 300:254), la Corte Suprema, en "Bazterrica" y en "Capalbo" (*Fallos*, 308:1392 y 1468), reputó que el art. 6° de la ley 20.771, que reprimía penalmente la

simple tenencia de estupefacientes para consumo personal, vulneraba el art. 19 de la Const. nacional, al importar esa mera tenencia un caso de conducta privada tutelado por tal precepto.

La posición mayoritaria de la Corte concluyó que la mencionada tenencia no afectaba a la ética colectiva (consid. 8°); que las conductas de los hombres que se dirigiesen contra sí mismos quedan fuera de las prohibiciones constitucionales; que no se había demostrado que aquella posesión de estupefacientes tuviese consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general.

Posteriormente, en "Montalvo" (*Fallos*, 313:1351), la Corte –con distinta integración– volvió a su primera tesis, y consideró constitucional al mentado art. 6° de la ley 20.771 (después reactualizado por la ley 23.737). En concreto, el tribunal constató que en la represión criminal de la tenencia de estupefacientes mediaba una evidente custodia de valores colectivos, como, por ejemplo, la salud pública. Por lo demás, observó que el texto del art. 19 de la Const. nacional, al permitir captar conductas que *de algún modo* comprometieren a los ya citados conceptos de moral y orden público, o posibles daños a terceros, daba pie a la tipificación de los delitos de peligro abstracto, como el aquí comentado.

La solución dada en "Montalvo" resulta correcta: si el legislador ha entendido que la lucha contra la drogadicción pasa por el castigo de la tenencia de drogas para uso personal –entre otras conductas–, esa opción tiene bases suficientes de razonabilidad como para reputarla constitucionalmente viable, por más que sea una receta opinable.

§ 911. *Conflicto entre derecho a la intimidad y libertad de prensa.* ***Remisión.*** – Este tema ha dado lugar a un importante debate, que trataremos en el § 957 y siguientes.

§ 912. *Controles a visitas en las cárceles.* – La inspección a quienes visitan detenidos en establecimientos carcelarios –que en el caso de las mujeres se ha extendido al examen de zonas genitales– a fin de, entre otros motivos, vigilar el ingreso irregular de psicofármacos o drogas, y aun de armas, ha motivado que la Corte Suprema se expidiera ante la eventual colisión entre el derecho a la intimidad (y también, al honor y dignidad de trato), y el de

seguridad de tales establecimientos, además de la salud de los presos.

En definitiva, la Corte entendió que la inspección realizada por el Servicio Penitenciario Federal no era arbitraria, al no haber otros medios alternativos –fuera de la citada revisación– para detectar la presencia de aquellos elementos en los visitantes, que pueden tener contacto físico con los detenidos ("A. M. y L. K.", *ED*, 136-700).

Sobre el tema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos elaboró su informe 38/96 (*LL*, 1997-E-782), con referencia a la Argentina, en el que explicitó que las inspecciones vaginales aludidas, para ser válidas según el Pacto de San José de Costa Rica, deben ser establecidas por ley, tienen que resultar absolutamente necesarias para lograr el objetivo legítimo que persiguen en el caso concreto, no debe haber otra medida alternativa posible, en principio tendrán que contar con autorización judicial, y practicarse únicamente por profesionales de la salud.

§ 913. ***Inviolabilidad del domicilio y papeles privados.*** – El art. 18 de la Const. nacional establece que "el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación".

El Pacto de San José de Costa Rica, por su parte, especifica que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia" (art. 11, inc. 2).

§ 914. ***Concepto de domicilio.*** – Al sancionarse la Constitución, la palabra *domicilio* tenía un concepto restringido: el lugar donde se encontraba una persona "establecida y avecindada con su mujer, hijos y familia y la mayor parte de sus muebles" (Escriche). Para que hubiese domicilio se requería habitación real y ánimo de permanecer en él. Por eso, Estrada dirá que el art. 18 de la Const. nacional protege la "soberanía doméstica", y para Sánchez Viamonte el "domicilio-hogar".

El concepto constitucional *actual* de domicilio es más amplio, y esa apertura ha sido provocada, tal vez, por la doctrina penalista

(que en el delito de violación de domicilio incluye muchos más recintos que la casa habitación). Así, además de la morada familiar, el *domicilio* del art. 18 abarca ahora cualquier lugar de residencia transitoria (piezas de hoteles, camarotes asignados a una persona o grupo, casas rodantes), escritorios profesionales y negocios, ya sea que estén cerrados o parcialmente abiertos.

De todos modos, si un lugar está *totalmente* abierto al público, como ciertos templos, galerías comerciales o salones de ventas, el ingreso de una comisión policial sin orden de allanamiento no parece implicar un atentado contra el principio de inviolabilidad del domicilio (pero sí lo sería si penetrara a oficinas o despachos de ese inmueble que no son de acceso libre al público).

La doctrina está conteste en que las oficinas estatales no son *domicilio* (Soler, Oderigo). La Corte Suprema, a su vez, no equipara la inspección policial de un automóvil, al registro de un domicilio ("Fabro", *Fallos*, 314:75).

§ 915. ***El consentimiento como eximente de la orden de allanamiento.*** – La jurisprudencia admite que, si media consentimiento para ingresar a un domicilio, no existe en rigor de verdad allanamiento. Éste sólo se plantea cuando hay negativa al acceso (CNCrimCorr, Sala I, *LL*, 1984-D-373). Si hay consentimiento, no es imprescindible la orden de allanamiento ("Adriazola", *Fallos*, 324:3764). El *consentimiento* plantea varios problemas constitucionales.

a) *Sujeto apto para consentir.* La doctrina estadounidense puntualiza que tiene aptitud para consentir quien ejerza el control del lugar ("United States v. Matlock"). En la Argentina, se expresa que tiene tal facultad "quien tenga derecho a excluir a terceros del lugar" (CNCrimCorr, Sala I, *LL*, 1984-D-373); esto es, como sostuvo la Corte Suprema, el que "en ese momento ejerce la titularidad del derecho de exclusión", vale decir, la persona que está autorizada para permitir el ingreso de terceros ("Saturnino Martínez", *Fallos*, 311:962).

La doctrina *de la exclusión* ha sido controvertida en algunos pronunciamientos. Por ejemplo, en "Monticelli", la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional ha señalado, en voto de Gil Lavedra, que la actuación policial, para ser válida, debe ser con-

sentida, más que por quien tenga el derecho de exclusión, por quien pueda verse perjudicado por el registro que realice el órgano de prevención; en el caso, no bastaba que la madre de la imputada accediera al ingreso de la policía, sino la propia acusada, a quien en definitiva se le secuestraron efectos a raíz del allanamiento (*LL*, 1984-D-373).

b) *Voluntariedad del consentimiento.* Una doctrina de máxima, expuesta por el juez Petracchi, en "Fiorentino", exige que el consentimiento para legitimar la invasión a la intimidad de una morada, ha de ser expreso, anterior a la entrada de la autoridad pública a la vivienda, sin mediar fuerza o intimidación, y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar tal autorización (*Fallos*, 306:1752).

Posteriormente, la Corte Suprema ha moderado sus exigencias para acreditar la presencia de un consentimiento libre. Así, en "Romero" (*Fallos*, 311:2507), señaló que no cabe construir una regla abstracta, que conduzca inevitablemente a tachar de nulo el consentimiento dado para una inspección domiciliaria, en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su libertad. Para el alto tribunal es preciso practicar un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para apreciar si hubo vicios que hayan podido afectar la voluntad libre del detenido (la doctrina se repite en "Ferrer", *Fallos*, 313:612; si el detenido expresó en sede judicial su aceptación al ingreso de los preventores, no medió allanamiento inconstitucional).

En materia de allanamiento de domicilio, el caso "Ventura" importa una significativa variación respecto de la doctrina del consentimiento, ya que para la Corte, ahora, ese consentimiento no purga el allanamiento si éste no fue dispuesto en las actuaciones que dieron lugar a la causa penal bajo examen (*Fallos*, 328: 149). Mediando una aceptación libre del ingreso de la comitiva policial, el criterio de la Corte parece resultar excesivamente garantista.

Una cuestión interesante se presenta cuando la autoridad pública recurre a ciertas tretas para lograr el consentimiento y poder entrar en un domicilio, como el uso de agentes encubiertos o disfrazados.

En "Fernández, Víctor" (*DJ*, 1991-2-637), la Corte Suprema entendió que el empleo de un agente encubierto para averiguar delitos no es de por sí contrario a garantías constitucionales. También señaló que hubo consentimiento válido pese a que el policía del caso no se identificó como tal, y estaba acompañando a una persona (que se encontraba detenida), amiga del domiciliado. En esa circunstancia, el interesado permitió el ingreso sin indagar los motivos de ese acompañamiento y sin cerciorarse debidamente de la identidad del agente público, por lo que la Corte entendió que existió *conducta discrecional* y libre que legitimaba aquel consentimiento.

§ 916. ***¿Quién debe expedir una orden de allanamiento, y cómo?*** – El art. 18 de la Const. nacional puntualiza –respecto al domicilio, correspondencia y papeles privados– que "una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación".

Esa ley específica aún no se ha dictado, motivo por el cual el tema está regulado generalmente por los códigos procesales penales (Linares Quintana). La Corte Suprema ha dicho que aunque no surja del citado art. 18 que solamente sean los jueces quienes puedan expedir órdenes de allanamiento, ésa es la regla en nuestra experiencia jurídica ("Fiorentino", *Fallos*, 306:1752). Esta directriz se la debe mantener como legítimo producto del derecho constitucional consuetudinario.

Sin embargo, hay excepciones, como la consignada por la Corte Suprema en "Charles Hnos." (*Fallos*, 46:36), con referencia a las facultades que otorgaron las ordenanzas de Aduana a empleados de esa repartición para realizar pesquisas. El nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) regula los allanamientos sin orden judicial en su art. 227.

A su turno, la Cámara Federal de Mar del Plata ha reputado inconstitucional la facultad conferida por la ley de abastecimiento 20.680, respecto de funcionarios administrativos, en cuanto a allanar locales industriales o comerciales, sin orden de juez competente (*DJ*, 1996-1-96).

§ 917. ***Alcances de la orden de allanamiento.*** – La Corte Suprema, en "D'Acosta" (*Fallos*, 310:85), concluyó que la protec-

ción constitucional del domicilio no queda extinguida por haberse expedido una orden judicial de allanamiento, que sólo tiene por fin franquear el acceso a un lugar con el único objeto de realizar una diligencia determinada. En concreto, mientras dura la actuación de la autoridad pública, se encuentra enervado el derecho de exclusión del habitante de la morada, "de modo que carecerían de eficacia las objeciones que pretendiera oponer a cualquier acto que constituyera una ampliación del objeto de la pesquisa, porque su intimidad ha sido en concreto desguarnecida por mandato judicial. Pero una vez que la pesquisa ha concluido, recupera su derecho de oponerse a la entrada de un tercero ajeno a la morada". Otro allanamiento exigiría, pues, otra orden judicial.

Por lo demás, una cosa es una *orden de allanamiento*, otra es una *orden de secuestro de efectos*, y otra distinta es una *orden de arresto de personas*.

La inexistencia o la insuficiencia de algunas de estas órdenes acarrea importantes consecuencias en el ámbito penal, en particular con la ineficacia de pruebas incorporadas inválidamente a un proceso. Tal como sostuvo la Corte, la nulidad de un registro domiciliario puede provocar la consecuente nulidad de secuestros de piezas probatorias ("Fiorentino", *Fallos*, 306:1752). Remitimos al lector al § 1134.

§ 918. ***Inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados.*** – La Constitución ampara también la esfera de privacidad en cuanto a la correspondencia y los documentos que tenga una persona, independientemente de que ésta sea o no propietaria de ellos. Idéntica cobertura deben tener, por extensión, las comunicaciones telefónicas, discos y registros de computadoras, casetes, etcétera.

El derecho en cuestión no es absoluto, sino relativo. La Corte Suprema ha dicho que no fue violatorio del art. 18 de la Const. nacional el procedimiento por el cual la policía, al detener a una persona por infracción a la ley de juegos, le secuestró sobres de correspondencia recién retirados del correo por aquélla, y los entregó acto seguido al juez instructor ("Siganevich y otros", *Fallos*, 177:390). También es posible abrir correspondencia para descubrir un delito, mediante orden judicial ("Founes", *Fallos*, 135:57).

Un caso particular es el de las entidades financieras. El llamado *secreto financiero* del art. 39 de la ley 21.256 fue reputado por la Corte Suprema como una garantía de los derechos constitucionales. Sin embargo, la misma Corte advirtió que dicho secreto cede "cuando puedan estar comprometidos intereses públicos", por ejemplo, si se sospechase una transgresión a las normas que estatuyen el monopolio postal ("Empresa Nacional de Correos y Telecomunicaciones", *Fallos*, 305:1036).

§ 919. ***Derecho a la intimidad y derecho informático.*** – La esfera de privacidad de toda persona puede entrar en colisión, a su vez, con el derecho de los particulares (y del Estado) de registrar datos de aquélla. El asunto ha cobrado una dimensión espectacular con la proliferación de las computadoras.

Hemos abordado el tema al tratar al hábeas data (§ 326).

§ 920. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con la privacidad.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. V, IX y IX), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 14 y 17), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 8° y 11) y Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 16 y 40).

CAPÍTULO XXIII

DERECHO DE LOCOMOCIÓN

§ 921. *INTRODUCCIÓN.* – El art. 14 de la Const. nacional reconoce a todos los habitantes de la Nación el derecho "de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino". Se conectan con esta cláusula otras, como la del art. 18, que indica que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, y los arts. 11 y 12 que eximen de los llamados derechos de tránsito a la circulación de carruajes, buques o bestias.

El derecho de *locomoción* alude al *ius movendi et ambulandi* y fue calificado por la Corte Suprema como "precioso derecho individual e importante elemento de la libertad" ("Olmos", *Fallos*, 307:1430). Opera como *derecho fundante*, puesto que habitualmente es el presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales, como los de enseñar y aprender, trabajar, publicar ideas, etcétera.

§ 922. *NORMAS DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA.* – El art. 22 del Pacto coincide en su inc. 1 con la Constitución nacional, al señalar: "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". El inc. 2 agrega que toda persona "tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio". El inc. 3 habilita restricciones a estos derechos, por vía de ley y en la medida "indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para pro-

teger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás".

El derecho a circular y a residir en el interior de un país puede igualmente ser limitado por ley, en zonas determinadas, por razones de interés público (art. 22, inc. 4).

El inc. 5 del mismo art. 22 prevé una significativa prohibición: "Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo", con lo que veda la *pena de destierro* para los nacionales, que es mencionada como posible en el Código Civil argentino (art. 95).

El Pacto contempla igualmente normas sobre expulsión de extranjeros (ver § 405).

§ 923. ***Derechos comprendidos en la libertad de locomoción.*** – El derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino y de no ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente, comprende la facultad de cuestionar internaciones en nosocomios, hospitalizaciones forzosas, prohibiciones a ingresar en la Argentina o expulsiones del país. También incluye el derecho a no ver afectada, con perturbaciones menores (molestias, seguimientos infundados, etc.), la libertad de circulación. Remitimos al § 308 y ss., concerniente al hábeas corpus; al § 405, en cuanto la expulsión de extranjeros, y al § 976, con respecto a la negativa a permitir la radicación en la República, por razones de religión.

En otros casos, la jurisprudencia ha entendido que restringe también la libertad de locomoción el *alojamiento* obligado de extranjeros en el Hotel Internacional de Ezeiza (JuzgFedCrimCorr nº 4, "Arancibia Gutiérrez", *ED*, 57-695); la *retención* de personal contratado por la Armada (CFed Cap, "Guani", *LL*, 11-696, y "Ferro", *LL*, 15-76); la *internación* dispuesta por el Acta de Responsabilidad Institucional del régimen *de facto* de 1976-1983 (CSJN, "Timerman", *LL*, 1979-D-145).

Cabe añadir que la libertad de locomoción involucra el derecho a circular libremente y el derecho a no hacerlo. Por ejemplo, nadie debe ser coaccionado a quedarse en un lugar, ni a moverse

de un sitio (salvo, desde luego, las restricciones legales que razonablemente pudieran disponerse al respecto).

Un problema particular es la detención "en averiguación de antecedentes", como la prevista por el art. 5º, inc. 1º, del decr. ley 333/58.

Posteriormente, la ley 23.950 (art. 1º) modificó el citado inc. 1º, con el siguiente texto: "Fuera de los casos establecidos en el Código de Procedimientos en Materia Penal [actualmente Código Procesal Penal, según ley 23.984], no podrá detener a las personas sin orden de juez competente. Sin embargo, si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiese, con noticia al juez con competencia en lo correccional en turno y demorada por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas".

La norma creó entonces una figura especial, el "demorado para su identificación", por lo que no cabe privar a nadie de su libertad –según tal precepto– si porta documentos identificatorios. Todo ello sin perjuicio de que la detención proceda en virtud de otras normas y con otros objetivos.

Cabe aclarar, en primer lugar, si toda persona se encuentra obligada a portar documentación identificatoria. La norma indicada parece así establecerlo, aunque no claramente. En tal caso, la detención, hasta tanto sea identificado el sujeto, y con el objeto de su individualización, resultaría razonable. No así la detención a los fines de determinar si está o no requerido por una autoridad competente, porque en tal hipótesis es obligación de quien detiene, determinar *primero* si alguien se encuentra efectivamente solicitado por un juzgado, y no detener para averiguar después si se halla o no dispuesta su captura.

§ 924. ***Derecho de tránsito. Regulación federal.*** – De la libertad de locomoción se desprende el derecho al tránsito por cualquier medio razonable al efecto, y conforme las limitaciones que se fijen por razón de velocidad, mano de circulación, característica del vehículo, etcétera.

Con el fin de dificultar el turismo hacia el exterior, en 1990 hubo varios proyectos en la Cámara de Diputados de la Nación para gravar esos viajes con una suma cuyo valor oscilaba según las iniciativas. Tal impuesto *de salida* resultaba abiertamente inconstitucional, precisamente por afectar un derecho básico de libertad.

§ 929. ***Restricciones políticas. Estado de sitio.*** – Como se sabe, el instituto del estado de sitio puede acarrear serias limitaciones a la libertad de locomoción. Nos remitimos al § 312, con relación al hábeas corpus, en ocasión del estado de sitio, y al § 725, en cuanto a los efectos de tal medida de excepción.

§ 930. ***Extradición.*** – Hay dos institutos de derecho internacional que se conectan con el derecho constitucional a entrar y salir del territorio argentino. Ellos son la *extradición* y el *asilo*.

La *extradición* de acusados penalmente importa su remisión compulsiva a quien los solicita, y naturalmente significa una restricción a la libertad de circulación. La Corte Suprema ha considerado que el fundamento de la extradición, como acto de asistencia jurídica internacional, radica en el interés común de todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados por el país a cuya jurisdicción competa conocer de los hechos delictuosos, sin admitirse otros reparos que los derivados de la soberanía de la nación requerida y de las leyes y tratados que rigen el caso ("Acevedo Mesanza", *Fallos*, 298:126, y "Taramona Espino", *Fallos*, 298:138).

Cabe pensar que si el art. 8° de la Const. nacional declara que la extradición de criminales es obligación recíproca entre todas las provincias, por analogía emerge una obligación constitucional del Estado nacional de extraditar los inculpados requeridos por otras naciones, según los términos del derecho internacional.

Conviene recordar, eso sí, que el art. 22, inc. 8, del Pacto de San José de Costa Rica expresa: "En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no 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", y que esta norma obliga a la Argentina a no extraditar, si se dan estos supuestos.

§ 931. ***Asilo.*** – El derecho de asilo, o de *refugio*, importa la facultad del perseguido por un delito político o conexo a uno político, de ingresar y permanecer en el territorio de otro Estado, y de no ser extraditado hacia el Estado que lo reclama para ser enjuiciado penalmente.

La Corte Suprema, en el caso de los marineros de "La Pilcomayo", declaró que la inviolabilidad de la persona imputada de un delito político es una regla de justicia, de humanidad y de buena política; y que los principios universalmente consagrados en el derecho internacional establecen como regla la inviolabilidad de las personas comprometidas en delitos políticos o comunes conexos, una vez salidos de los límites jurisdiccionales del país contra el cual se han llevado a cabo, y colocan a sus autores bajo la garantía moral del Estado en cuyo territorio se encuentran (*Fallos*, 43:321).

Esta tesis está refrendada por el art. 22, inc. 7, del Pacto de San José de Costa Rica: "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".

§ 932. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con la libertad ambulatoria.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. VIII y XXV), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 9° y 13), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9°, 12 y 13), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (art. 22), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 15), Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 3°) y Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 10 y 11).

CAPÍTULO XXIV

DERECHO DE PENSAMIENTO Y EXPRESIÓN

A) VARIABLES

§ 933. *INTRODUCCIÓN.* – La Constitución nacional trae tres cláusulas concretas relativas a la libertad de expresión. El art. 14 indica que todo habitante cuenta con el derecho de publicar sus ideas por medio de la prensa, sin censura previa. El art. 32 añade que el Congreso "no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal".

El art. 75, inc. 19, asegura, paralelamente, "la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales...".

Estas normas han permitido desarrollar una doctrina constitucional concebida en términos más amplios, en torno al derecho (libertad) de pensamiento y expresión.

En concreto, el actual desenvolvimiento del derecho constitucional argentino permite distinguir: el *derecho de pensamiento* (libertad de pensar), y el *derecho de expresión* (libertad de expresión), con sus múltiples especies: derecho de prensa (escrita, oral, televisiva o cinematográfica), libertad de cultos, libertad de expresión artística (p.ej., espectáculos) y política (manifestaciones, mitines, derecho de petición, etcétera).

El derecho de expresión cubre, en resumen, cualquier *conducta expresiva.*

§ 934. ***Derecho de pensamiento.*** – Importa, en verdad, una clase o especificación del derecho a la intimidad (ver § 907), puesto que refiere, básicamente, al fuero privado de cada uno. El derecho a pensar incluye el derecho de cada hombre a formarse su propio juicio (Pío XII), sin interferencias del Estado ni de los demás hombres.

Uno de los capítulos más privilegiados de este derecho es el de *libertad de creencias* y *libertad de conciencia* (ver § 965).

Como consecuencia del *derecho de pensamiento* resultan inconstitucionales las imposiciones de ideas o de doctrinas, la obligación de aprender de memoria, en las escuelas, principios de un partido o movimiento (fenómeno al cual no fue ajena la Argentina), las coerciones psíquicas, los métodos de *lavado de cerebro* y los llamados *delitos de pensamiento*, por los cuales se incrimina el mero hecho de adherirse a una ideología o profesar cierto sentimiento (así, el *espíritu de derrotismo*, castigado en la Alemania hitleriana respecto de quienes postulaban la paz).

¿Existe el *derecho de pensamiento* a nivel constitucional? La Corte Suprema de Justicia, en "Ponzetti de Balbín", lo reconoció claramente (*Fallos*, 306:1094, consid. 5°), siendo, entendemos, una consecuencia de la *autonomía de la conciencia* ("Villacampa", *Fallos*, 312:122), y se desprende del art. 33 de la Const. nacional como derecho constitucional no enumerado, en su calidad de derecho natural inherente a toda persona (ver § 859).

Por lo demás, el Pacto de San José de Costa Rica (art. 13, inc. 1) enuncia explícitamente que "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión".

§ 935. ***Derecho de expresión.*** – La *conducta expresiva* de un sujeto tiende a transmitir sus pensamientos (ideas, voliciones, sentimientos). El *derecho de expresión* tutela precisamente esa conducta expresiva, y es un complemento indispensable del derecho de pensamiento, dada la naturaleza intrínsecamente social del hombre.

La Constitución nacional incluye en su art. 14 *una* versión de esa libertad de expresión (la de *publicar* ideas sin censura), pero la Corte Suprema estima que hay una libertad constitucional de expresión mucho más amplia que la mera publicación de textos, ya

que comprende, por ejemplo, la libertad de creación artística ("Colombres y otros", *Fallos*, 295:215), ahora reafirmada por el nuevo art. 75, inc. 19, o literaria ("Editorial Sur", *Fallos*, 257:275), la libertad de palabra ("Riu", *Fallos*, 265:186), la libre expresión cinematográfica ("Gaffet", *Fallos*, 262:246), y también las manifestaciones vertidas por medio de la radio y de la televisión, "en tanto éstas constituyen medios aptos para la difusión de las ideas" (doctrina de "Mallo", *Fallos*, 282:392, y "Servini de Cubría", *JA*, 1992-IV-10).

En ese contexto, pues, la *libertad* o *derecho de expresión* es el género, y la *libertad* o *derecho de prensa* una de sus tantas especies. Otra es, por ejemplo, la libertad de culto.

Como consecuencia del derecho o libertad de expresión, la Corte infiere el derecho de *dar* y *recibir* información ("Costa", *Fallos*, 310:508).

Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica indica que el derecho *de expresión* comprende "la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección" (art. 13, inc. 1). Sobre el derecho de expresión en materia política, nos remitimos al § 1169.

§ 936. ***Derecho a no expresarse.*** – Esta facultad raras veces es explícitamente enunciada en un texto constitucional, aunque el argentino indique que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 18). La Constitución de Nicaragua señala que ninguno puede ser obligado a declarar su credo, ideología o creencia (art. 29). La de Turquía de 1961 más claramente expresa que "nadie podrá ser compelido a revelar sus pensamientos y opiniones" (art. 20).

En la Argentina, Bidart Campos entiende que la libertad de no expresarse, o *derecho al silencio*, es un correlativo natural al derecho de libre expresión. Así es, en efecto. El derecho al silencio, en ciertas circunstancias, puede ser incluso más significativo que el derecho a expresarse, cuando esa *expresión*, en determinado contexto fáctico, puede provocarle a la persona sanciones o daños.

El uso forzoso de distintivos –en especial, partidarios–, y de signos de duelo o de festejo, de los que da cuenta la experiencia argentina, importan actos de conducta expresiva compulsiva que vulneran la libertad de expresión.

El derecho a no expresarse puede regularse razonablemente, y admitir excepciones en caso de cargas públicas (ver § 1198), como, por ejemplo, la de prestar declaración como testigo.

§ 937. ***Derecho de comunicarse.*** – Una nueva variante de la libertad de expresión consiste en el llamado *derecho de comunicarse*, con su doble versión de derecho de comunicarse *de* una persona y *a* una persona (Ploman), entrevisto como un derecho humano fundamental y una verdadera necesidad social en la sociedad contemporánea (Cocca).

En la Argentina, el asunto ha tomado una dimensión particular con motivo de la interrupción o traba en el uso de los teléfonos, dando lugar incluso a una especie de amparos: los *amparos telefónicos* (CSJN, "Rimondi", *DJ*, 1990-1-49).

§ 938. ***Derecho de opinión y de crítica.*** – En "Kusnir" (*Fallos*, 275:60), el procurador general de la Corte Suprema habla del derecho constitucional a la *libre opinión*, que en verdad cabe deducir de los derechos a la libertad de pensar y de expresión (ver § 934 y 935).

En los mismos autos, la Corte entendió que el *derecho a formular críticas a las autoridades* y a publicarlas no legitima cualquier modo de hacerlo. Por ejemplo, puntualiza el tribunal, no importa un ejercicio razonable de tal derecho la utilización de términos que no guardan el debido respeto.

Lo importante de esta sentencia es detectar dos derechos de base constitucional: el de *opinar* y el de *formular críticas*, incluyendo las realizadas a los funcionarios por actos de gobierno ("García Mutto", *Fallos*, 269:189).

§ 939. ***Restricciones en función del sujeto.*** – En principio, todo individuo tiene derecho a expresarse libremente. El interrogante es si ciertas personas, en razón de sus empleos o estado, pueden ver especialmente restringida tal facultad.

En "Coronel José L. García", la Corte Suprema tuvo que atender el caso de un militar retirado a quien las autoridades castrenses le impusieron un arresto de cuarenta días, por haber formulado declaraciones públicas en las que cuestionó decisiones del Poder Ejecutivo nacional relativas al empleo de las fuerzas armadas. El castigado planteó la inconstitucionalidad de tal medida disciplinaria, basada en normas militares que impiden a los uniformados hacer publicaciones que afecten la jerarquía o los cargos militares.

La mayoría de los miembros de la Corte pensaron que no era irrazonable que la libertad de expresión del art. 14 de la Const. nacional estuviese regulada de modo diferente (y más restrictivo) para los militares, ya sea en actividad o en retiro, "en la medida en que el prestigio de que pueda gozar este último entre sus camaradas de armas o sus ex subordinados, podría con sus expresiones o su empleo estimular actitudes que comprometen la estricta disciplina necesaria en los ejércitos". La Corte entendió también que esa situación era producto de la voluntaria decisión contractual de García de seguir en las fuerzas armadas y no requerir su baja (*Fallos*, 312:1082).

B) Derecho de prensa

§ 940. ***Tipos de prensa.*** – Como modalidad del derecho de expresión, el *derecho de prensa* comprende a su vez una serie de manifestaciones: prensa escrita (diarios, semanarios, mensuarios, revistas, libros, etc.), oral (radio), audiovisual (cine, televisión), etcétera. Cualquiera de éstas involucra, a su vez, los derechos siguientes:

a) *Derecho de la industria o comercio de la prensa.* Se lo llama también *derecho de empresa*: a fundar, administrar, dirigir, lucrar, etc., con el establecimiento o medio de difusión dedicado a practicar la prensa escrita, oral y audiovisual. Para la Corte, esto importa el *derecho empresario* de la prensa ("Ponzetti de Balbín", *Fallos*, 306:1892, consid. 7°).

b) *Derecho de información.* Abarca el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole (CSJN, "Vago

c/La Urraca", *LL*, 1992-B-367, consid. 5°). En particular, tutela a los medios de comunicación, cuyo rol principal, dice la Corte en "La Prensa", es difundir la información y no la cultura (*Fallos*, 310:1715).

c) *Derecho de crónica.* Es una manifestación del derecho de información y comprende el de difundir noticias que pueden interesar a la comunidad ("Abad", *DJ*, 1992-2-657, consid. 7°; votos de los jueces Caballero y Fayt, en "Campillay", *Fallos*, 308: 789; cfr. también "Costa", *Fallos*, 310:508, y "V. S.", *Fallos*, 324:975).

d) *Derecho de crítica.* Explicado por la Corte en "Vago c/La Urraca" (*LL*, 1992-B-367), incluye el derecho (y el deber) de interpretar la realidad, informando a la opinión pública. Este derecho tiene como tope al deber de veracidad (ver § 943). Anteriormente, la Corte reputó como una manifestación esencial de la libertad de prensa "el ejercicio de la libre crítica de los funcionarios por razón de actos de gobierno" ("García Mutto", *Fallos*, 269:189).

e) *Derecho social a la información.* Como ha dicho la Corte Suprema reside en la comunidad y en cada uno de sus miembros, a fin de "ajustar su conducta a las razones y sentimientos por esa información sugeridos" ("Costa", *Fallos*, 310:508, consid. 4°); es decir, para adoptar decisiones. Está definido como *derecho social* en "Ponzetti de Balbín" (*Fallos*, 306:1892, consid. 7°).

§ 941. ***Papel del derecho de prensa en la sociedad democrática.*** – A la inversa del reconocimiento constitucional de otros derechos (navegar y comerciar, ejercer industria lícita, etc.), generalmente concebidos en favor de los individuos, en el ejercicio del derecho de prensa operan tanto intereses personales (del medio de comunicación, del periodista), como sociales (de todos los habitantes con el objeto de proveerse de noticias y de ideas a fin de elaborar cada uno su propio juicio y, después decidir, opinar y votar).

De ahí que, en una democracia, el derecho de prensa sea un *derecho sistémico*, indispensable para la funcionalidad de ese sistema político. Sin prensa libre y responsable, el ciudadano carecerá de la posibilidad de adoptar decisiones libres y fundadas. En "Vago c/La Urraca", la Corte destaca que la función de la prensa, entre otras metas, incluye la de contribuir a la elaboración de la voluntad popular y servir de medio de expresión a la opinión pública (*LL*, 1992-B-367, consid. 8°).

Por eso, satisface *una necesidad colectiva* ("Costa", *Fallos*, 310:508).

Otro importante rol de la prensa en una democracia, y que contribuye a calificar a su derecho como *libertad estratégica* (Badeni), es la de actuar como instrumento de control de los organismos públicos y de sus hombres, con lo que rinde "un servicio de inestimable valor para el afianzamiento y salud del sistema y de las instituciones republicanas" (CSJN, "Vago c/La Urraca", *LL*, 1992-B-367).

§ 942. ***Ingredientes de la libertad de prensa.*** – Según la Corte Suprema, el derecho que tratamos comprende, desde luego, la prohibición de censura previa, según lo explicita el art. 14 de la Const. nacional; pero tiene un sentido más amplio, como veremos a continuación.

a) Impide la clausura lisa y llana de una publicación, como forma anticipada de restricción a la libertad de imprenta ("Prensa Confidencial", *Fallos*, 270:268, y "Sánchez Sorondo", *Fallos*, 270:289).

b) Protege al editor por entender que sirve mejor a la función de la prensa libre, como vehículo de información y de opinión de la comunidad, difundir una publicación que reviste interés público ("Pérez y otro", *Fallos*, 257:308).

c) Veda la exigencia de ciertas condiciones, como la fianza, el depósito previo a la publicación y la represión al editor, cuando se lo responsabiliza de manera irrazonable ("Pérez y otro", *Fallos*, 257:308).

d) Exige que toda restricción, aun legítima, derive de una norma jurídica sancionada por el Congreso ("Sánchez Abelenda", *Fallos*, 311:2553). Durante el estado de sitio también el presidente de la Nación puede adoptar medidas limitatorias, vinculadas

y proporcionadas a los motivos que explicaron la declaración de tal medida de excepción (ver § 726).

Interesa apuntar que el Pacto de San José de Costa Rica indica que "no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones" (art. 13, inc. 3). La Constitución de Portugal, entre las vías oblicuas de restricción a la libertad de prensa, menciona cualquier régimen administrativo o fiscal, de política de crédito o de comercio exterior, que perjudique tal derecho (art. 38, inc. 5°).

§ 943. ***Deber de veracidad.*** – En "Costa", la Corte Suprema adoptó la tesis de Hamilton, en el sentido de que la libertad de prensa tutela el derecho de publicar "con veracidad, buenos motivos y fines justificables" (*Fallos*, 310:508, consid. 18). En "Vago c/La Urraca", añadió que "la función de la prensa en una república democrática persigue, entre otros objetivos principales, informar tan objetiva y verídicamente al lector como sea posible". Concretamente, la Corte sentó un *deber de veracidad* para los medios de comunicación, que consiste no en exponer la *verdad absoluta*, "sino buscar leal y honradamente lo verdadero, lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe. Evitar que los preconceptos enturbien la mirada y empañen el espejo, es decir, el subjetivismo del periodista" (*LL*, 1992-B-367).

No obstante, el tribunal asume que existen dificultades prácticas de *acceder* a esa verdad y de *transmitirla*, derivadas, por ejemplo, de la renuencia de órganos oficiales y de particulares a suministrar información, de la premura en obtenerla y en reproducirla, etcétera. En síntesis, en "Vago" (*LL*, 1992-B-367) la Corte afirma: "De ahí que si la información *deseable* sea la objetiva, la *posible* es la información que tiende a esa verdad objetiva" (consid. 8°).

§ 944. ***Problemática del resguardo de las fuentes de información.*** – ¿Existe un derecho constitucional, por parte del periodista, de reservar la fuente de sus noticias? (tal es el llamado "secreto periodístico"). Naturalmente, si la ley le otorga tal facultad, el problema queda resuelto, pero subsiste la cuestión si la norma del caso guarda silencio sobre el punto.

Una perspectiva interesante es aportada por Spolansky; por un lado, apunta, el art. 156 del Cód. Penal establece un delito, llamado de revelación de secretos, al "que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa". En principio, esta norma obligaría al periodista a guardar silencio sobre su fuente informativa en los casos allí explicitados. Pero, por otro lado, normalmente las reglas procesales del fuero criminal no relevan al periodista de su condición de testigo, y queda obligado a informar al tribunal sobre la fuente informativa (algunas constituciones provinciales, en cambio, tutelan específicamente ese secreto profesional, como la de Jujuy, art. 31). Para el autor que citamos el dilema se resuelve aceptando el sigilo del periodista respecto de delitos ya producidos, pero rechazándoselo en cuanto a delitos a perpetrarse o en ejecución, ya que, en tal caso, su silencio coadyuvaría a la realización de un acto ilícito.

Si se acepta el papel sistémico que realiza la prensa libre en un Estado democrático, bueno es reconocer una tutela constitucional en favor del sigilo periodístico, tal vez captado por el art. 33 de la Const. nacional entre los derechos no enumerados, propios de la forma republicana de gobierno, interesada en las vitales funciones del periodismo dentro de tal régimen político. Como Spolansky, pensamos que la alternativa de excepción sería la de evitar la consumación de un delito o su continuación, por el absurdo que importaría, sobre la base del ejercicio de un derecho constitucional, permitir la concreción de una vía delictiva.

La reforma constitucional de 1994, con referencia al amparo específico de hábeas data (ver § 326), estipuló en su art. 43 que "no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

La regla, en verdad, está situada en el sector referido a tal proceso constitucional, pero la directriz es extendible en general al resto de la Constitución; que como principio genérico, aunque reglamentable como todo derecho, podría contener la excepción que menciona Spolansky.

Alguna jurisprudencia, sin embargo, rechaza, en los procesos penales, el sigilo periodístico sobre las fuentes de la información, siempre que fuere indispensable levantarlo para el éxito de ella, y ciñe la aplicación del art. 43 *in fine* al hábeas data (CNCrimCorr Fed, Sala II, 28/10/02, *LL*, 2002-F-732).

§ 945. ***Determinación oficial del precio de los periódicos. Propaganda oficial.*** – En "La Prensa", la Corte tuvo que expedirse sobre la constitucionalidad de la fijación estatal de precios en los diarios, cosa factible según la ley 20.680 de abastecimientos.

La posición mayoritaria del tribunal entendió que prevista esa ley, según el art. 1º, con relación a bienes y servicios concernientes a la *cultura*, y no siendo ésta el objeto básico de los periódicos, sino la difusión de noticias o de las ideas de sus redactores, no estaban los diarios captados por esa norma. Además, al impedir el art. 32 de la Const. nacional restringir por el Congreso la libertad de prensa, la fijación del precio (sea al regularlo o al someter a las empresas a la previa autorización para aumentar el valor de sus ediciones) está vedada por tal cláusula ("La Prensa SA", *Fallos*, 310:1715).

En "Emisiones Platenses SA" (*JA*, 1997-IV-362), la Corte Suprema ha atendido otro tema de singular gravitación, cual es si el Estado, al pagar espacios en los medios de difusión con motivo de publicidad, debe proceder con criterio igualitario entre los distintos medios o, en cambio, puede realizar tal propaganda como le plazca, prefiriendo a su arbitrio uno a otro.

El criterio de la mayoría del tribunal fue que no existe un derecho implícito de las empresas periodísticas a obtener fondos estatales en concepto de publicidad, y tampoco la obligación de una municipalidad (tal era el caso) de actuar igualitariamente con todos los periódicos de un lugar, a menos que se demuestre que la decisión respecto a la forma de distribución de la publicidad gubernamental encubra una maniobra para destruir o restringir el derecho de imprenta del diario afectado. En resumen, para la Corte la negativa oficial de distribuir publicidad respecto de un medio de difusión no afecta la libertad de expresión, y sólo se enfrenta con la habilidad del empresario de prensa en el ámbito privado, lo cual se encuentra dentro del riesgo propio de ese negocio.

C) Censura y responsabilidades ulteriores

§ 946. ***Censura previa. Normas vigentes.*** – El art. 14 de la Const. nacional enfatiza un aspecto especial de la libertad de prensa: las ideas pueden publicarse *sin censura previa*.

El art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica ha reglamentado (ley 23.054) aquel precepto constitucional. El ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión, detalla el art. 13, inc. 2, "no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: *a*) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o *b*) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". El inc. 4 aclara que "los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia", y el inc. 5 expresa que "estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso "La última tentación de Cristo"), la libertad de expresión tiene un doble sentido: *individual*, en tanto el autor de la información pueda divulgarla por cualquier medio, y *social*, para la comunidad, del derecho a recibir ese pensamiento. La Corte admite solamente la censura en los casos de espectáculos públicos, para tutelar la moral de la infancia y adolescencia, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores por los excesos en la libertad de expresión.

La constitucionalidad de la ley 20.056, que prohíbe publicar el nombre de menores implicados en delitos e impone así una especie de censura ha sido reafirmada (CNCiv, Sala C, 3/10/96, *LL*, 1997-D-98), esta vez a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, con rango constitucional, que contempla reglas específicas en orden a la reintegración a la sociedad del niño acusado de

delitos (v.gr., art. 40), a lo cual coadyuvaría el silencio sobre los nombres de los menores implicados en actos ilícitos. Esta interpretación armonizante de la libertad de expresión, la prohibición de censura y las reglas de la Convención concernientes a menores, todas ellas con rango constitucional, resulta atractiva, dado que al operador jurídico le toca compatibilizar y hacer convivir tanto los derechos de quien expresa ideas como los de los menores.

En "V., S. c/D., A. M.", la Corte Suprema tuvo que atender la prohibición judicial de publicar cualquier noticia vinculada a un juicio de filiación de un menor (*Fallos*, 324:975). El alto tribunal estimó que cabía compatibilizar derechos contrapuestos (los del menor y la libertad de expresión, ambos contemplados por la Constitución nacional y varios instrumentos internacionales) y, en definitiva, en esa ponderación o balanceo de valores, mantuvo la prohibición de difundir el nombre del menor, pero levantó la de propalar "cualquier noticia vinculada a la filiación de autos".

§ 947. ***Clases de censura.*** – La Corte Suprema se ha ocupado de aclarar que la tutela constitucional a la libertad de prensa tiene un sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa ("Sánchez Abelenda", *Fallos*, 311:2553; "Pérez y otro", *Fallos*, 257:308, etc.), pero de todos modos es probable que la prohibición de tal censura sea la faceta primaria del derecho que tratamos. La cláusula constitucional tiene también una explicación histórica, ya que los actos de censura, en las décadas previas a la sanción de la Constitución, fueron múltiples y alarmantes.

Las formas de censura son varias y consisten tanto en impedir la difusión de ciertos datos o ideas como en las dificultades postales para la circulación de los periódicos; a esto se puede agregar la desinformación oficial acerca de determinados acontecimientos, a fin de que no ingresen al circuito informativo, el secuestro de una edición para que no llegue al público, la clausura lisa y llana de un periódico ("Pérez y otro", *Fallos*, 257:308, y "Prensa Confidencial", *Fallos*, 270:268, entre otras).

En "Ministerio Fiscal de Santa Fe c/Diario La Provincia", la Corte Suprema mencionó también la exigencia de fianzas, permisos, la revisión y examen de las informaciones y notas o editoriales para controlar lo que dicen y autorizar la impresión de lo que el censor consienta, etc. (*Fallos*, 167:121).

Se discute si la prohibición de publicar cierto tipo de propaganda de artículos perniciosos para la salud (como cigarrillos o bebidas alcohólicas) importa o no un acto de censura previa.

Las restricciones publicitarias a productos nocivos deben ser encuadradas sustancialmente como una limitación en amparo de la salud pública (que será razonable o no, según los casos, y siempre impugnable ante la judicatura si fuere arbitraria), como límite, en lo esencial, al derecho de comerciar, y no al de prensa, bien que indirectamente, pero de modo secundario, deje secuelas en este último.

§ 948. ***La censura en la jurisprudencia argentina.*** – El tema ha dado lugar a pronunciamientos no siempre situados en la misma línea ideológica.

La tesis habitual de la Corte ha sido sostener que la garantía constitucional de la libertad de imprenta radica *fundamentalmente* en el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa, "esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir", pero que ello no significa impunidad de quien utiliza la prensa para cometer delitos comunes previstos por el Código Penal. En otro caso ("SA Editorial Sarmiento", *Fallos*, 293:560), se añadió que tampoco había impunidad para violentar el derecho constitucional respecto de las instituciones de la República, o alterar el bienestar general o la paz y seguridad del país, o afectar las declaraciones, derechos y garantías de que gozan los habitantes de la Nación.

En "Verbitsky", un juzgado de primera instancia en lo penal impuso censura judicial, al prohibir la publicación de una solicitada en varios diarios de Buenos Aires, donde sus firmantes se adherían al teniente general Videla. La razón de la censura fue impedir la consumación del tipo previsto por el art. 213 del Cód. Penal (apología del delito). La Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, revocó la decisión del juzgado por entender que implicaba censura previa –prohibida por la Constitución y el Pacto de San José de Costa Rica–, no obstante entender que en la especie había efectivamente tentativa de apología del delito (*JA*, 1988-III-606).

Por otra parte, en "Servini de Cubría", la Corte debió atender un caso de censura judicial a un programa humorístico televisivo, en el que una cámara, en resguardo de los derechos de honor y privacidad de una jueza, dispuso como medida cautelar impedir provisionalmente la proyección de imágenes y conceptos vinculados con ella. La Cámara señaló que la prohibición constitucional de censura previa admitía varias limitaciones, como derecho constitucional no absoluto que es; y que en función de la guardia de derechos personalísimos, como los involucrados en el caso, conectados con la dignidad de la persona humana, era viable la censura.

La Corte Suprema, según el voto mayoritario, aclaró primero que la garantía constitucional de la libertad de prensa comprendía tanto a la prensa escrita como a la radial o televisiva, incluyendo las manifestaciones vertidas en programas de corte humorístico. El tribunal agregó que aunque las garantías constitucionales no son absolutas, toda censura previa padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad y que, por ende, cabía averiguar si en el caso a decidir existían razones como para superar tal presunción, y exceptuar la tesis frente a la cual el ejercicio del derecho a publicar las ideas sin censura no admite restricción.

En concreto, la Corte concluyó que como la Cámara había dispuesto la medida cautelar sin siquiera ver las grabaciones del programa televisivo donde constarían los atentados al honor y a la privacidad, y presumió peligro en éstos a partir de una supuesta llamada anónima recibida por la actora, existía un defecto de juzgamiento que quitaba razonabilidad al acto de censura ("Servini de Cubría", *JA*, 1992-IV-10).

Sintetizando, para la Corte la censura previa es excepcionalmente viable, cuando razones muy poderosas puedan explicarla.

§ 949. ***Reexamen.*** – Lo primero que hay que definir es si la censura previa, condenada por el art. 14 de la Const. nacional, es un principio absoluto, que no admite ninguna excepción, o que sí las autoriza.

El criterio de la Corte Suprema estadounidense es que la censura tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad, pero que en circunstancias muy especiales es viable ("Near v. Minnesota" y "Gitlow v. New York City").

En este sentido, cabe observar que en la Argentina el tema de la censura previa en los medios de difusión ya está reglamentado en virtud del Pacto de San José de Costa Rica (ver § 954). Conforme al art. 13, inc. 2, pues, la libertad de expresión (con relación a cualquier medio de difusión, oral, escrito, en forma impresa o artística o por cualquier medio), "no puede estar sujeta a previa censura sino a responsabilidades ulteriores", salvo el caso de espectáculos públicos y en tutela de la infancia y la adolescencia, o la propaganda pro guerra y la discriminatoria mencionada por el inc. 5 del mismo artículo. La prohibición de censura, salvo para los aludidos espectáculos, fue ratificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en el caso "La última tentación de Cristo". Quedaría habilitada la censura previa, también, por la declaración del estado de sitio (ver § 726) o de darse un supuesto de estado de necesidad extraconstitucional, cosa que remite a los extraordinarios supuestos de entrar en real peligro la supervivencia del sistema político o que se produzca un caos social (ver § 811).

§ 950. ***Censura previa y libertad de cultos.*** – Una importante colisión se puede dar entre el derecho de expresar ideas sin censura previa y el derecho a la libertad de profesar un culto, ambos incluidos en el art. 14 de la Const. nacional.

En "Bacre", por ejemplo, hubo una acción de amparo donde su promotor, un musulmán, consideró que el célebre libro de Salman Rushdie, *Los versos satánicos*, incluía blasfemias y ofensas hacia Mahoma, y que esas injurias violaban su derecho constitucional de profesar libremente el culto. En concreto, se requirió impedir la circulación del libro en la Argentina (ver CNFedCiv Com, Sala I, *ED*, 134-553). En "Pagani" se planteó también un recurso de amparo tendiente a impedir la exhibición del film "*Yo te saludo María*", por considerar el accionante que atacaba al culto católico (JuzgContAdmFed nº 4, *ED*, 119-597).

Cabe concluir, al respecto, que el *derecho* constitucional a profesar libremente un culto provoca en el resto de la sociedad el *deber* constitucional de respetar la práctica de esa confesión religiosa, y a la confesión en sí misma. No obstante, si se injuria una creencia por medio de libros, películas o manifestaciones periodísticas, ello podría dar lugar a demandas o denuncias *posterio-*

res destinadas a responsabilizar al autor del caso, pero no a realizar actos de censura previa, atento a la enfática prohibición constitucional, y a no impedir la difusión de ese libro o filme la práctica del culto en cuestión (JuzgContAdmFed nº 1, "Bacre", *ED*, 139-438; anulado por razones de procedimiento por CNFed ContAdm, Sala I, *ED*, 139-443).

§ 951. *Ámbito de prohibición de la censura.* – En "Servini de Cubría" (*JA*, 1992-IV-18), el juez Fayt sostuvo que la regla constitucional sobre la censura se halla establecida para el derecho a publicar ideas por medio de la imprenta, y no para otros medios de comunicación, como la televisión. La mayoría del tribunal, en cambio, y sobre la base de un antecedente ("Mallo", *Fallos*, 282: 392), concluyó que, siendo la radio y la televisión vías idóneas para transmitir ideas, también estaban comprendidas en la prohibición de establecer censura previa. El art. 13, inc. 1, del Pacto de San José de Costa Rica da pie a esta última interpretación, al referirse a "cualquier otro procedimiento" de transmisión del pensamiento y de expresiones, como amparado contra la censura previa.

No obstante eso, la misma mayoría de la Corte admite que, por su modalidad, la radio y la televisión gozan en general de una protección más atenuada, en parte por ser muy accesibles a la infancia, según la jurisprudencia estadounidense.

§ 952. *Responsabilidades ulteriores.* – Según se apuntó, el Pacto de San José de Costa Rica condena la censura previa, pero admite *responsabilidades ulteriores*, a fijar por ley, necesarias para asegurar el respeto a los derechos y reputación de los demás, y la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública (art. 13, inc. 2).

La Corte Suprema ha indicado muchas veces que el derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar, a raíz de los abusos cometidos en su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o de ilícitos civiles, y que aunque en el régimen republicano la libertad de expresión tiene un lugar eminente, circunstancia que obliga a actuar con cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, "puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la

impunidad de la prensa" ("Costa", *Fallos*, 310:508). La libertad de expresión, en resumen, no ampara "la conducta delictuosa de los diarios" ("Pérez y otro", *Fallos*, 257:308). Sobre el poder legisferante y jurisdiccional en estos temas, ver el § 961 y siguientes.

D) Derecho de réplica

§ 953. *Normas vigentes.* – El art. 14, inc. 1, del Pacto de San José de Costa Rica expresa: "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley". El inc. 2 añade que "en ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido". El inc. 3 agrega que "para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial".

La Constitución argentina nada dice en su art. 14 al respecto.

§ 954. *Problemas exegéticos del Pacto de San José de Costa Rica.* – El mencionado art. 14 del Pacto trae algunos problemas interpretativos. Uno de ellos es el de los *medios* afectados por dicho derecho. El Pacto habla de "medios de difusión legalmente reglamentados".

Algunos de ellos –radio y televisión– tienen un encuadre legal relativamente detallado, pero los diarios no. Una interpretación rigurosa del art. 14 haría, pues, que esos periódicos no estuviesen abarcados por la obligación del mencionado precepto.

En rigor de verdad, no es fácil rastrear las razones por las que quedan fuera de la réplica los medios de difusión *no* legalmente reglamentados, y qué se entiende, en concreto, por *medio reglamentado*. ¿Ha sido propósito del Pacto excluir a los diarios de la réplica dado que, por lo común, no son *reglamentados* por la ley?

¿Puede entenderse que hay *reglamentación* por la existencia de ciertas reglas sobre circulación de periódicos?

Otro interrogante refiere a la instrumentación concreta del derecho de réplica. El citado art. 14 lo viabiliza "en las condiciones que establezca la ley", por lo cual, literalmente, es imprescindible una *norma* de este tipo que lo reglamente (es decir, que determine el trámite del caso, el espacio a dedicar en el medio de difusión para la réplica, etc.), para que se pueda tornar operativo.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva nº 7, de 1986, resolvió por unanimidad que el Estado parte de la Convención está obligado a respetar y garantizar el derecho de réplica, y adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del Pacto, "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias". Por mayoría, entendió igualmente que la palabra *ley* empleada por el art. 14 del Pacto se refiere a "todas las disposiciones internas que sean adecuadas, según el sistema jurídico de que se trate, para garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho consagrado". Pero, agrega la Corte, "en cuanto tales medidas restringen un derecho reconocido por la Convención, será necesaria la existencia de ley formal".

§ 955. ***Recepción en la Argentina.*** – La Corte Suprema entendió primero que a falta de reglamentación legal en la Argentina, no era admisible la efectivización del derecho de réplica contemplado en el Pacto de San José de Costa Rica ("Costa", *Fallos*, 310:508; "Sánchez Abelenda", *Fallos*, 311:2553, y "Ekmekdjian c/Neustadt", *JA*, 1989-II-383).

Pero en "Ekmekdjian c/Sofovich" (*LL*, 1992-C-543), la Corte Suprema abordó una petición especial de réplica, promovida por acción de amparo, a raíz de las expresiones vertidas por Dalmiro Sáenz respecto de Jesucristo y la Virgen María, en el programa televisivo "*La noche del sábado*". El actor del amparo planteó su derecho a réplica fundándolo en el art. 33 de la Const. nacional y en el Pacto de San José de Costa Rica, reconociendo no ser titular de un derecho subjetivo, pero sí de otro, de carácter difuso, como católico lesionado por aquellas manifestaciones.

a) *Objeto del derecho de réplica.* La Corte Suprema dijo que con él se trata de asegurar el derecho natural, primario, elemental, a la legítima defensa de la dignidad, la honra y la intimidad, reputándolo así compatible con el techo ideológico de la Constitución.

Con respecto a la *operatividad* del Pacto de San José de Costa Rica, la Corte cambió su parecer anterior y consideró que en virtud de las obligaciones internacionales emergentes de la Convención de Viena sobre los Tratados, y de la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Argentina incurriría en violación a sus compromisos si no aplicara el derecho de réplica.

Otro punto conflictivo es el de la *legitimación* para ejercer el derecho de réplica. El Pacto de San José de Costa Rica lo contempla en favor de toda persona afectada por informaciones *emitidas en su perjuicio*. Alude, como también señala el voto del juez Levene en "Ekmekdjian c/Sofovich", a un *ataque directo* a un sujeto, y no a lesiones vertidas contra un grupo o colectividad que *indirectamente* repercutan en uno de sus miembros.

Finalmente, en cuanto al *espacio* (televisivo, radial, tipográfico, etc.) que debe cubrir la réplica, también en "Ekmekdjian c/Sofovich", la Corte Suprema puntualizó que no debe exceder lo adecuado a su finalidad, ni debe ser necesariamente de igual extensión y ubicación que tuvo la noticia que provocó la respuesta, sino que debe disponerse en un contexto de razonabilidad y buena fe, cuidando de evitar una interpretación extensiva del instituto, que lo torne indefendible o ponga en peligro la libertad de prensa.

b) *El problema después de la reforma constitucional de 1994.* Como se puntualizó, la reforma dio rango constitucional al Pacto de San José de Costa Rica en el art. 75, inc. 22, pero en el mismo inciso puntualizó que éste, como el resto de las convenciones y declaraciones allí mencionadas, "no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Este añadido fue producto, precisamente, de los requerimientos de sectores opuestos a admitir el derecho de réplica emergente del Pacto de San José, al que calificaban como inconstitucional (criterio de la Corte Suprema) por afectar la libertad de expresión del art. 14. En definitiva, el derecho de réplica del Pacto debería ceder ante

la prioridad del art. 14, situado en la Primera Parte de la Constitución.

En "Petric" (*LL*, 1998-C-284), la mayoría de la Corte Suprema definió que el derecho de réplica asegurado por el Pacto de San José de Costa Rica: *1*) es compatible con el derecho a publicar las ideas sin censura previa, enunciado en el art. 14 de la Const. nacional, no importando, por ende, un tipo de censura previa, por armonizar esa libertad de expresión con la tutela de la dignidad humana; *2*) continuando con la línea de "Ekmekdjian c/Sofovich", aseguró que la réplica resulta operativa sin necesidad de que la Argentina dicte una ley reglamentaria: *3*) rectificando parte de tal precedente, apuntó (con acierto) que la réplica está para objetar "informaciones", pero no opiniones, criterios, ideas o juicios de valor, y *4*) que el derecho de rectificación o respuesta se aplica igualmente a los periódicos, no obstante la discusión existente acerca de si ellos son o no medios de difusión "legalmente reglamentados" (el Pacto de San José, en este tema, programa la réplica solamente para tal clase de medios, y buena parte de la doctrina observa que un diario no es en sentido preciso un órgano de difusión "legalmente reglamentado").

§ 956. ***Compulsión a publicar.*** – Cabe preguntarse si viola o no el principio constitucional de libertad de prensa, la imposición a editores de insertar en sus publicaciones determinados textos. El problema se ha presentado particularmente con relación al ejercicio del derecho a réplica, rectificación o respuesta (ver § 953), pero también en otras situaciones.

A su turno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en "Fernández Váldez" (*Fallos*, 284:345), consideró legítimo obligar al diario "El Independiente" de La Rioja, a publicar una sentencia judicial emitida en un juicio por injurias y calumnias no vertidas en tal periódico. El alto tribunal argumentó que uno de los objetivos de la prensa era "lograr una comunidad educada en el conocimiento de la verdad y dignificada, de tal modo, por la instauración de un orden pacífico y justo", contribuyendo la difusión de la sentencia a reparar el honor de un ofendido. La libertad de prensa, concluyó la mayoría del tribunal, "no resulta afectada en la especie, porque ella no se concilia con la negativa irrazonable, sin motivación expresada ni legítimo interés agredido".

Por su parte, la Corte Suprema estadounidense, en "Miami Herald v. Pat Tornillo", entendió también que era inconstitucional compeler a un diario a publicar lo que sus editores no querían difundir; y si una ley (en el caso, la de Florida) así lo dispone, en aplicación del derecho de réplica, "actúa como una compulsión en el mismo sentido que una ley o reglamentación que prohíba al actor publicar determinado asunto". Vale decir, que operaría como una especie de censura previa.

En "Vago c/La Urraca", la Corte Suprema argentina se refiere a una misión de servicio a la comunidad por parte de la prensa (*LL*, 1992-B-367), de tal modo que la publicación de ciertos fallos o de avisos para su difusión en la sociedad, a costo del Estado o de quien él disponga (pero no del medio de difusión), no parece que resulte necesariamente inconstitucional, ni que importe de por sí censura.

E) Derecho de prensa y otros derechos

§ 957. ***Derecho de prensa, derecho al honor y a la privacidad. Figuras privadas y públicas.*** – La compatibilización entre estos derechos ha dado lugar a una serie de importantes pronunciamientos.

La directriz preliminar, para encuadrar el tema, según la Corte Suprema, es que la libertad de prensa demanda publicar las ideas sin censura previa, pero no justifica la impunidad posterior por la comisión de delitos penales o ilícitos civiles ("García Mutto", *Fallos*, 269:189, y *DJ*, 1989-2-986).

Una pauta muy significativa para comprender esta problemática es distinguir los *sujetos* involucrados en ella. En "Vago c/La Urraca" (*LL*, 1992-B-367), la Corte Suprema separa tres categorías de personas: *a*) las *figuras públicas oficiales* (que son los funcionarios públicos); *b*) las *figuras públicas no oficiales* (que son particulares vinculados al público: "personajes célebres cuya vida tiene carácter público o personajes populares", como se dijo en "Ponzetti de Balbín" –*Fallos*, 306:1904–). Alude a dirigentes políticos, actores, deportistas conocidos, personajes de la farándula, eclesiásticos como un arzobispo (según puntualizó la Corte Supre-

ma de Puerto Rico en "Aponte v. Lugo", etc.), y *c*) las *figuras privadas*.

Pues bien, la esfera de intimidad y de privacidad de cada uno de estos sujetos es diferente. Con relación a las figuras públicas, la directriz de "Ponzetti de Balbín" es que "su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio y notoriedad y siempre que lo justifique el interés general" (la Corte se está refiriendo a las figuras públicas no oficiales, pero desde luego su afirmación se proyecta a las públicas oficiales). De todos modos, esas figuras públicas tienen también "un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión".

Para guardar esa esfera, la Corte manejó, en el caso que citamos, un dato sugestivo: el comportamiento del sujeto en cuestión, en el sentido de si ha admitido anteriormente intromisiones o indiscreciones, si ha autorizado o promovido tácita o expresamente invasiones a su privacidad (consid. 9°).

Conforme a estas pautas, el ámbito de intimidad de cada figura pública no es idéntico, pues varía de sujeto a sujeto, según su propia conducta delimitatoria y su jerarquía.

En "Costa" (*Fallos*, 310:508), la Corte Suprema indicó, al respecto, que las personas privadas son más vulnerables que los funcionarios públicos, puesto que éstos tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones, y porque los particulares necesitan una amplia tutela contra los ataques a su reputación, mientras que los funcionarios públicos se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias. También expuso que la mayor penetración de la prensa en la conducta de los funcionarios públicos se justifica en que no basta que un gobierno dé cuenta de sus actos al pueblo; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa, puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de los poderes públicos. El retraimiento de la prensa en este ámbito, concluye la Corte, causaría efectos más perniciosos que los excesos o abusos de la libertad de informar.

Conviene destacar, de todos modos, que hay datos de la vida íntima de un sujeto que son por su naturaleza impublicables, aun cuando el mismo fuese un funcionario estatal, excepto que medie un interés público, conectado con la tarea pública de aquél, que justifique su difusión. Pero ese interés público no puede consistir en la mera curiosidad de la gente en auscultar lo que hace a la esfera de privacidad de la persona-funcionario. Tal doctrina ha sido afirmada en "Menem, Carlos S." (CNCiv, Sala H, *LL*, 1998-B-628).

§ 958. *Informaciones falsas y erróneas. Doctrina de la "real malicia".* – La Corte Suprema trató en "Campillay" (*Fallos*, 308:789), la acción promovida por una persona a raíz de noticias referentes a ella, publicadas en el diario "La Razón", donde se lo vinculaba con una asociación delictiva dedicada al robo y tráfico de estupefacientes, y se informaba que gastaba el producto de su botín en casinos, hipódromos y juergas. El sujeto, tiempo después, fue sobreseído en la justicia.

La Corte concluyó que, aunque era imposible en el momento inicial verificar tales datos, que emanaban de un comunicado policial, el ejercicio prudente del derecho de prensa "imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito" (consid. 7°).

La doctrina de "Campillay" fue ratificada posteriormente en "Costa" (*Fallos*, 310:508), "Abad" (*DJ*, 1992-2-658) y "Morales Solá" (*DJ*, 1996-2-1229). En "Costa" se dijo también que las críticas al ejercicio de la función pública no pueden ser sancionadas aunque estén concebidas en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros o irritantes, si no resulta la existencia de un propósito específico de denigrar o menoscabar.

Sabido es que la doctrina "Campillay" (CSJN, *Fallos*, 308: 789), ha tenido distintas variables en su aplicación (Badeni).

Para una primera tesis, basta la concreta mención de dicha fuente para eximir de responsabilidad al medio, con absoluta prescindencia de la exactitud o falsedad de la información reproducida, y sin que el medio tenga que hacer algo para determinar esto último, siempre, claro está, que no haga como propia o suya a la información. Para la segunda, en cambio, y no obstante dicha cita de fuente, el medio es igualmente responsable si no realiza la previa averiguación de la veracidad de las afirmaciones formuladas

por tal fuente. Para la tercera, intermedia, la mención de la fuente, sumada a la ajenidad del periódico en cuanto a la formulación de la noticia, lo exime de responsabilidad, salvo que ésta tuviere "indicios racionales de falsedad evidente de los datos transmitidos". De darse esto último, el medio debería añadir aclaraciones necesarias relativas a la sospecha de inexactitud que pesa sobre tal noticia. La última postura puede entenderse sostenida por el Tribunal Constitucional de España y es expuesta en "Menem" (CSJN, *Fallos*, 321:848).

En un tema en el que el derecho judicial ha elaborado recetas no siempre uniformes, procurando compatibilizar las pautas constitucionales sobre libertad de expresión, por un lado, y derecho al honor y a la intimidad, por el otro, y donde no existe una respuesta constitucional preelaborada por el constituyente histórico sino precisada, determinada y, en buena medida, creada por ese derecho judicial, atrae por su sensatez y prudencia la tercera posición.

En "Vago c/La Urraca" (*LL*, 1992-B-367), la Corte recepcionó en cierto modo un importante aporte de la doctrina estadounidense, llamado el "test de la real malicia", que proviene del caso "New York Times v. Sullivan". La Corte argentina clasifica primero, entre las informaciones *inexactas*, dos categorías: las *falsas*, que son las engañosas, fingidas o simuladas, proporcionadas "con el fin de engañar, con dolo y mala fe"; y las *erróneas*, que son "fruto de una concepción equivocada de la realidad, que induce de buena fe al error".

Pues bien, la *información falsa* produce, según la Corte, responsabilidad civil y penal. La *información errónea* no origina responsabilidad civil por los perjuicios causados "si se han utilizado los cuidados, atención y diligencia para evitarlos". Ésta es la *información errónea no culpable* o *excusable*. Si no se han adoptado esos recaudos, habrá *información errónea culpable* o *inexcusable*.

Conforme a la Corte Suprema, si se trata de figuras públicas (estatales o no) queda a cargo del interesado, para el éxito de una acción civil por indemnización, probar que el medio de difusión actuó con conocimiento de que la noticia que lo afecta era falsa (comportamiento doloso), o con imprudente y notoria despreocupación sobre si era o no falsa (inexcusable negligencia).

Ahora bien, en "Morales Solá" (*DJ*, 1996-2-1230) quedó claro que esa protección para los medios de difusión versa "respecto de temas de relevancia institucional" (consid. 4°), concernientes a la *figura pública*. Si se trata de noticias que están fuera de esa *relevancia institucional*, la figura pública pasa, pues, a ser, respecto de ellos, una suerte de *figura privada*.

Con relación a las figuras privadas, se infiere de "Vago c/La Urraca" que para tornar viable una condena al medio de difusión, basta que demuestren que la noticia agraviante era falsa y que les causaba daño. El medio, a su turno, podrá eximirse de responsabilidad en los supuestos de información errónea no culpable o excusable, pero siempre que pruebe (Hernández, Ariza) que su comportamiento fue prudente (p.ej., si procuró razonablemente determinar la veracidad de la información, o si cumplió con los recaudos indicados en "Campillay"). En resumen, basta aquí la "negligencia precipitada" o la "simple culpa" del medio de difusión para contraer responsabilidad ante la propalación de noticias difamatorias respecto de un particular ("Amado Menem", *Fallos*, 326:2491).

Finalmente, se debe recordar que noticias relativas *exclusivamente* a la esfera de privacidad o intimidad de un sujeto (figura privada o pública), pueden generar responsabilidad para quien las divulgue, por más que fueran ciertas ("Ponzetti de Balbín", *Fallos*, 306:1904).

§ 959. ***Otros ámbitos de la libertad de expresión.*** – Con relación a estos medios de comunicación, es evidente que el aparato legal regulatorio es mucho más intenso que en materia de periódicos.

a) *Radio y televisión.* En ese sentido, bueno es recordar que el "horario de protección al menor" en los espacios televisivos fue reputado constitucional por la Cámara Nacional en lo Contencioso-administrativo Federal, Sala IV ("Telefé", *ED*, 162-618), como una razonable limitación a la libertad de expresión, sin importar por ello, a criterio del tribunal, un tipo de censura prohibido por la Constitución (se trataba de un corto publicitario de la película "*Scarface*", de poco más de un minuto de duración, con escenas de mucha violencia).

Es dable observar que varias de estas restricciones hallan cobertura en el Pacto de San José de Costa Rica, en cuanto a la censura para espectáculos públicos (para nosotros, aun los transmitidos por medios de difusión), a tenor del art. 13, inc. 4, del Pacto, o de propaganda discriminatoria o violenta (art. 13, inc. 5), y en las responsabilidades ulteriores del mencionado art. 13, inc. 2. También la reglamentación del derecho a comerciar incluye, según vimos, prohibiciones a la publicidad de ciertos productos, en particular los nocivos para la salud, pero en este caso la censura propagandística es una mera consecuencia de la reglamentación a la libertad mercantil.

b) *Cinematografía*. Las posibilidades de censura previa y de otras limitaciones han sido también variadas (decr. 8205/63; leyes 17.741, 18.019, etc.), dándose incluso el caso de permitirse la exhibición de películas sólo con un certificado expedido por el Instituto Nacional de Cinematografía (art. 23, ley 17.741). En "Mallo" (*Fallos*, 282:392), la Corte Suprema admitió la censura previa establecida por la ley 18.019, en orden a preservar la moral, las buenas costumbres, el orden y la seguridad pública, frente a una información "desaprensiva, deformada, insurreccional o maliciosa".

En "Vergara" (*ED*, 136-664), la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala VII, entendió que por vía cautelar era factible impedir la exhibición de la película "*Kindergarten*", hasta tanto la justicia penal aclarase si por medio de ella se habían cometido los delitos de corrupción y ultrajes al pudor respecto de menores que habían participado en el filme (en definitiva, los acusados fueron sobreseídos y la prohibición de exhibición quedó entonces revocada, *DJ*, 1990-2-961).

Esto significa que, aun cuando la censura previa ha sido eliminada por la ley 23.052, subsiste la posibilidad de impedir su presentación en salas de espectáculos si mediante el filme se perpetra un delito. De darse tal hipótesis, la compatibilización entre tal doctrina y el Pacto de San José de Costa Rica puede lograrse si: es factible la censura previa de películas en resguardo de la moral de la infancia y adolescencia (art. 14, inc. 4), y con relación a los adultos, una vez exhibido el filme caben *responsabilidades ulteriores* (art. 13, inc. 2) en tutela de los derechos o reputación de

los demás, protección de la seguridad nacional, orden público o salud o moral públicas. Si existiera tal delito por medio, o averiguación de tal, la prohibición de seguir proyectando una película *ya exhibida* en una función anterior tendría entonces apoyo en la aludida Convención.

§ 960. ***Derecho a la información pública.*** – Este derecho se lo puede inferir del art. 1º de la Const. nacional, cuando define al Estado argentino como "republicano", lo que implica proclamar la publicidad de los actos de gobierno; y también, entenderlo como derecho no enumerado, según el art. 33, derivado precisamente "de la forma republicana de gobierno". Aparece en la Constitución, igualmente, explicitado con referencia a los partidos políticos (art. 38), ya que cuentan con "el acceso a la información pública"; respecto de los habitantes en general, con su derecho a la información y educación ambientales (art. 41); con relación a usuarios y consumidores (que poseen a su turno el derecho "a una información adecuada y veraz": art. 42); igualmente para toda persona, "para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o banco de datos público, o los privados destinados a proveer informes" (art. 43: acción de hábeas data).

En el ámbito de las declaraciones internacionales con rango constitucional, muchas veces se lo involucra con la libertad de expresión, a la que se añade el derecho de buscar y recibir información (Pacto de San José de Costa Rica, art. 13-1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19-2; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 19, cuando habla del derecho "de investigar y recibir informaciones"). En verdad, el acceso a la información pública puede entenderse como un presupuesto para el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión, ya que si no se cuenta con aquella información, poco o nada podrá "pensarse" sobre ella, y extravertir tal pensamiento. Pero también, según apunta Basterra, es condicionante para la práctica de al democracia participativa y para la exigibilidad de ciertos derechos.

Ha sido regulado, por ejemplo, por el decr. 1172/03, de acceso a la información pública en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, y por la ley 25.831 de "régimen de libre acceso a la información pública ambiental".

En términos generales, la legitimación activa debe ser amplia, y las excepciones al acceso, muy restringidas. En este último punto se mencionan áreas como defensa, seguridad, datos que hacen a la intimidad de las personas, secreto industrial, comercial o profesional. El derecho a la información pública, como todo derecho, no es absoluto, y puede ser reglamentado, aunque esa reglamentación está sometida al test de razonabilidad (art. 28, Const. nacional; ver § 1180).

Producto del desarrollo de la conciencia jurídica, importa mencionar los votos de los jueces Fayt y Petracchi en "Urteaga" (*Fallos*, 321:2767), que abre paso a su reconocimiento por la Corte y refieren a este derecho constitucional de modo claro, destacando el primero su condición de derecho anterior a su especificación constitucional en la acción de hábeas data.

F) Tutela legislativa y jurisdiccional sobre la libertad de expresión

§ 961. ***Restricciones a la prensa.*** – El art. 32 de la Const. nacional determina: "El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal".

Hay, en primer término, una directriz de *contenido*: no se deben dictar normas "que restrinjan" la libertad de imprenta (y por añadidura, de prensa, en sentido amplio; ver § 940). Según los antecedentes obrantes en la Convención del Estado de Buenos Aires, encargada de la revisión de la Constitución de 1853 (el actual art. 32 no figuraba en ésta, y fue sancionado con la reforma de 1860), el propósito fue instaurar una "absoluta libertad de imprenta", en palabras de Vélez Sársfield. La misma expresión consta en el informe de la Convención Examinadora.

La interpretación posterior del art. 32, en este punto, ha señalado que libertad de prensa no significa impunidad de prensa ("Acuña y Gainza", *Fallos*, 312:1114). El sentido del art. 32, en definitiva, tiende a lo siguiente: el derecho a publicar las ideas por medio de la prensa sin censura previa enunciado en el art. 14 y, según éste, disciplinable por las leyes que reglamenten su ejercicio, tiene como todos los derechos un tope a esa regulación en el art. 28: no puede ser *alterado* por la ley que lo discipline, y un *amparo extra* en el art. 32, tampoco puede ser *restringido*. En resumen, es un derecho *especialmente* protegido o *reforzado* por la Constitución. Toda limitación debe ser apreciada con suspicacia y criterio riguroso, ya que debe pasar el doble filtro de los arts. 28 y 32 de la Const. nacional.

§ 962. ***Competencias legislativas.*** – Al decir el art. 32 de la Const. nacional que el Congreso de la Nación no puede dictar leyes restrictivas de la libertad de imprenta, la Corte Suprema consideró que el Poder Legislativo federal únicamente podía sancionar normas sobre prensa actuando como autoridad local, en el ámbito de la Capital Federal y territorios nacionales ("Eliseo Acevedo", *Fallos*, 30:112).

Después, en 1970, la Corte modificó su doctrina ("Ramos", *Fallos*, 278:73), sosteniendo que el art. 32 no se había propuesto negar el principio de la uniformidad penal en todo el país en lo que atañe a los delitos cometidos por medio de la prensa, por lo que cabe concluir "que si el delito es común por su naturaleza, su represión está atribuida al Congreso de la Nación, en virtud de lo establecido en el art. 67, inc. 11 [hoy 75, inc. 12], de la Const. nacional, con total prescindencia del medio empleado para cometerlo... una solución opuesta importaría afirmar que nuestra Constitución ha creado un sistema pluralista de códigos penales". Tal tesis se mantiene hasta ahora ("Acuña y Gainza", *Fallos*, 312:1114).

En consecuencia, el Código Penal actual define ciertos delitos que pueden ser cometidos por medio de la prensa, con vigencia para toda la República. Esto ha significado una mutación mixta, por sustracción-adición del art. 32 (ver § 44), ya que la jurisprudencia posterior a 1970 *cambió* una forma de entender la ley suprema que contaba con más de un siglo de práctica, y que, por su proximidad con la sanción de la Constitución, podía entenderse como interpretación genuina de ésta.

§ 963. ***Competencias jurisdiccionales.*** – En "Argerich" (*Fallos*, 1:131), interpretando literalmente al art. 32 de la Const. nacional, la Corte Suprema consideró que una injuria cometida por

la prensa no podía ser enjuiciada ante los tribunales federales. Tal tesis, dejada de lado al año siguiente ("Calvete", *Fallos*, 1:299), es retomada en "Laforest" (*Fallos*, 1:345) y mantenida a lo largo de décadas, de manera contundente.

Sin embargo, en 1932, la Corte cambió parcialmente de parecer. El tribunal afirmó que la prohibición del art. 32 de la Const. nacional de establecer la jurisdicción federal en cuanto a tales crímenes, "se refiere puramente a los hechos o delitos comprendidos dentro del fuero ordinario o común de cada provincia"; pero surgía la competencia federal si el ilícito en cuestión –realizado mediante la prensa– iba contra la existencia del poder central y sus atribuciones constitucionales ("Ministerio Fiscal de Santa Fe c/Diario La Provincia", *Fallos*, 167:121).

Finalmente, en 1970, la Corte ("Ramos", *Fallos*, 278:73) consideró que también correspondía el fuero federal a todos aquellos delitos comunes realizados por medio de la prensa que cayesen en la jurisdicción federal, según el antiguo art. 67, inc. 11, de la Const. nacional, al igual que cualquier delito perpetrado por otro medio. Para el tribunal existe un principio constitucional en el sentido de que los delitos comunes previstos en el Código Penal, cualquiera que fuese el medio empleado para su comisión, deben ser juzgados por los tribunales federales o por los provinciales, según que las cosas y las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones. La prohibición del art. 32 debería entenderse en el sentido de que la Nación no puede programar la jurisdicción federal *exclusiva* sobre los delitos cometidos por medio de la prensa ("Acuña y Gainza", *Fallos*, 312:1114).

La Constitución prohíbe *sumar*, en esta materia, más competencias a las que la Nación tiene en las causas corrientes, pero no promueve restarle las atribuciones jurisdiccionales normales que por razón de las personas, del lugar o de la materia cuenta para entender en tales delitos, según los arts. 75, inc. 12, y 116 de la Const. nacional.

§ 964. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con la libertad de pensar y expresarse de la siguiente manera.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. IV), Declaración Universal de Derechos Humanos (preámbulo, arts. 18 y 19), Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. III), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 18, 20 y 25), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 4° y 5°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 13, 14 y 23) y Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 2° y 12 a 14).

CAPÍTULO XXV

DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE CULTO

§ 965. ***DISTINCIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LA DE CULTO.*** – Para ciertos autores, la libertad de conciencia alude al derecho de cada uno a optar por un culto determinado (o por ninguno), dentro del ámbito de su privacidad (González Calderón). La libertad de conciencia sería entonces un capítulo del *derecho a la intimidad* (ver § 907). A su vez, la libertad de culto consistiría en la exteriorización y práctica de la religión elegida.

Por eso se ha dicho que "la libertad de conciencia es un hecho interno, la libertad de culto es un hecho externo" (Pellegrino Rossi).

Preferimos la noción de Burdeau: la *libertad de conciencia* importa la de creer en lo que se desee, sea en materia política, social, filosófica o religiosa. Involucra también, entonces, la *libertad de creencias*. La libertad de conciencia, en resumen, es una variante de la *libertad de pensamiento* y comprende el *derecho a pensar libremente*, el *derecho de cada uno a formar su propio juicio* (Pío XII), sin interferencias (ver § 934).

A su vez, la *libertad de culto* alude al derecho de practicar una determinada confesión religiosa. Deviene en una *especie* y una *proyección* de la libertad de conciencia.

Al respecto, la Corte Suprema ha distinguido entre libertad de cultos y libertad de conciencia ("Portillo", *Fallos*, 312:496), advirtiendo que la *autonomía de la conciencia* es uno de los principios

fundamentales de nuestra democracia constitucional ("Villacampa", *Fallos*, 312:122); que ella comprende el derecho a seleccionar un sistema de valores, no necesariamente religiosos, sino también éticos, para que cada sujeto formule su propio proyecto de vida ("Portillo", *Fallos*, 312:496), que la libertad de conciencia se nutre de principios religiosos o convicciones morales ("Agüero", *Fallos*, 214:139), y que el esquema constitucional es en este punto necesariamente pluralista, ya que los constituyentes pusieron especial cuidado en respetar la diversidad de pensamientos y en no obligar a los ciudadanos a una uniformidad ("Portillo", *Fallos*, 312: 496). Por lo demás, el tribunal ha hablado del *ejercicio* de la libertad de conciencia ("Lopardo", *Fallos*, 304:1524), con lo que da a ella un sentido operativo y práctico, no limitado al fuero interno de cada uno.

§ 966. ***Normas aplicables.*** – El art. 14 de la Const. nacional declara que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho "de profesar libremente su culto". Esta regla, sumada al derecho a la intimidad contemplado por el art. 19, ha permitido edificar en la Argentina la doctrina de la libertad de conciencia, de creencias y de culto.

La importancia de este precepto es notoria, ya que alude a una dimensión harto significativa del ser humano, como es su vínculo con Dios.

Para Alberdi, el tema era también de suma trascendencia para atraer inmigrantes creyentes que pudiesen así manifestar libremente sus prácticas religiosas.

El Pacto de San José de Costa Rica, mucho más amplio y moderno en el tema, lo contempla en el art. 12, bajo el título de "Libertad de conciencia y de religión". El inc. 1 expresa: "Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado". El inc. 2 agrega que "nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias".

El inc. 3 añade que "la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás". Finalmente, dice el inc. 4 que "los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

Interesa subrayar que las normas del Pacto de San José de Costa Rica operan como verdaderas explicitaciones, de tipo reglamentario para la Argentina, del principio de libertad de culto del art. 14 de la Const. nacional, máxime teniendo en cuenta que aquel instrumento posee rango constitucional, según el art. 75, inc. 22, de la Const. nacional.

§ 967. ***Libertad de cultos y derecho de aprender.*** – El último inciso del art. 12 del Pacto de San José de Costa Rica enuncia un derecho muy significativo para los padres o tutores, en el sentido de que sus hijos o pupilos reciban educación religiosa o moral.

No parece coincidir con tal normativa el principio de *laicización* vigente en colegios del Estado, dado que este postulado, so pretexto de neutralidad, concluye por privar a los estudiantes de la educación religiosa o moral a que alude el Pacto.

Remitimos también al lector al § 976, en cuanto a la expulsión de escolares por la omisión de reverenciar símbolos patrios.

§ 968. ***Imparcialidad del Estado.*** – No obstante la existencia de una religión especialmente sostenida, como la católica, según el art. 2° de la Const. nacional (ver § 705), la Corte ha dicho que en un sistema democrático como el nuestro, se impone al Estado una actitud imparcial frente a los gobernados, aunque algunos de éstos profesen cultos que la mayoría no comparta.

Esa imparcialidad y trato igualitario debe persistir aunque una persona no se adhiera a ninguna confesión ("Portillo", *Fallos*, 312:496).

§ 969. ***Matrimonio religioso y matrimonio civil.*** – ¿Qué conexión hay entre la práctica de un culto y el acto de contraer nup-

cias? ¿Es inconstitucional que el Estado obligue a una pareja a realizar primero el matrimonio civil, y recién después celebrar el religioso? La Corte Suprema rechazó la impugnación de inconstitucionalidad que se planteó respecto de la ley 2393, ya que tal exigencia (de previo enlace civil), dijo, producto de la secularización del matrimonio, no tuvo por finalidad obstaculizar el ejercicio de las creencias de los particulares, puesto que una vez cumplido el enlace civil, "no existe dificultad alguna para la posterior celebración de la unión religiosa" ("Carbonell", *Fallos*, 304:1139).

§ 970. ***Nombres.*** – En este punto, la Corte Suprema ha señalado que es inconstitucional, por violar la libertad de profesión de cultos, imponer a los padres la obligación de dar a sus hijos nombres del santoral católico ("Moxey", *Fallos*, 201:406).

§ 971. ***Juramento.*** – En "Agüero c/Universidad Nacional de Córdoba", la Corte Suprema debió atender el cuestionamiento de la constitucionalidad del juramento exigido a un egresado universitario para acceder a su diploma. El afectado invocó lesión a su libertad de conciencia, conforme a la cual le estaba prohibida toda forma de juramento. La Corte evaluó que el juramento era exigido en diversas partes de la Constitución nacional para acceder a ciertos cargos, y que para la entrega del título universitario era requerido al recurrente por autoridad legítima y con un contenido también legítimo. En resumen, desestimó el acuse de inconstitucionalidad ("Agüero", *Fallos*, 214:139).

Cabe conjeturar que, en su actual composición, la Corte Suprema sostenga otra conclusión; para varias confesiones religiosas, el juramento es un acto pecaminoso, y bien puede reemplazarse por una promesa, declaración o *protesta* (como algunas veces se llama en el derecho comparado) que cumpla los mismos fines, pero sin lesionar las convicciones de muchos habitantes.

§ 972. ***Libertad de cultos y sufragio.*** – Algunas pocas confesiones impiden a sus creyentes votar. En la Argentina habitualmente el voto es obligatorio. ¿Es válido alegar objeción de conciencia para eximirse de concurrir al comicio?

La Cámara Nacional Electoral rechazó esa posibilidad ("Pieroni", *ED*, 142-555). Bidart Campos estima, no sin razón, que la situación es diferente de la objeción de conciencia militar, ya que en tal caso el objetor puede alegar, razonablemente, que no quiera usar armas para no causar daños a otros, y cumplir así con su versión del mandato bíblico "no matarás". En cambio, con el sufragio no se causa daño a nadie, y el imperativo religioso no tiene un sustento claro.

En resumen, la libertad de conciencia y de culto tiene como tope las pautas de moral pública previstas por el art. 19 de la Const. nacional. La objeción de conciencia es atendible en casos y situaciones que la moral pública no reputa como necesarios de realizar.

§ 973. ***Servicio militar, libertad de creencias y autonomía de la persona.*** – Cabe recordar aquí que la Corte Suprema inicialmente rechazó la llamada *objeción de conciencia* para prestar el servicio militar ("Lopardo", *Fallos*, 304:1524, y "Falcón", *Fallos*, 305:808), cuando éste tenía carácter de obligatorio, aunque posteriormente la admitió en parte (eximiendo al interesado del deber de usar armas, pero haciéndolo cumplir la conscripción desempeñando otros servicios, "Portillo", *Fallos*, 312:496). Nos remitimos al § 718.

§ 974. ***Libertad de cultos y censura previa. Réplica.*** – Remitimos al lector al § 950, dentro del capítulo referido a la libertad de prensa.

Digamos asimismo que para la Corte Suprema es legítima la *defensa de los sentimientos religiosos*, como parte del sistema pluralista que, en materia de cultos, adoptó la Constitución nacional, y que ello puede practicarse, por ejemplo, mediante el derecho de réplica ("Ekmekdjian c/Sofovich", *Fallos*, 315:1492).

§ 975. ***Reglamentación de la libertad de cultos.*** – Como cualquier derecho, el de libertad de creencias es reglamentable, según el art. 14 de la Const. nacional. Como pautas constitucionales de reglamentación, pueden citarse las mencionadas en el art. 19 del mismo texto: moral pública, orden público y tutela de los derechos de los terceros.

La ley 21.745 organizó, en el ámbito del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, el Registro Nacional de Cultos, ante el cual procederán a tramitar su reconocimiento e inscripción las organizaciones religiosas distintas a la Iglesia Católica.

Cabe apreciar que la limitación de la libertad de cultos por razones de orden público, moral y buenas costumbres es perfectamente razonable, y coincide con las pautas del art. 12 del Pacto de San José de Costa Rica.

§ 976. ***Consecuencias de la prohibición de actuación de un culto. Distintos ámbitos.*** – A raíz del decr. 1867/76, que prohibió la actividad de la asociación religiosa conocida como Testigos de Jehová y ordenó la clausura de sus sedes y publicaciones, la Corte Suprema tuvo oportunidad de expedirse sobre varios aspectos concernientes al ejercicio de la libertad de creencias.

a) *Impugnación de la prohibición.* Al tratar por vía de acción de amparo la impugnación de la inconstitucionalidad del decr. 1867/76, la Corte puntualizó que, basándose éste en la infracción por aquella organización de las reglas vigentes en cuanto a su actuación (ya que no habría cumplimentado el trámite de inscripción), aquel decreto no padecía de arbitrariedad manifesta y, por tanto, correspondía desestimar al amparo (*Fallos*, 299:352).

b) *Derecho de aprender.* Ante la expulsión de niños estudiantes pertenecientes a los Testigos de Jehová, en virtud de la res. gral. nº 4 del Consejo Nacional de Educación, por la negativa a reverenciar símbolos patrios, la Corte decidió que tratándose de dos menores de siete y ocho años de edad, carentes de discernimiento según el art. 921 del Cód. Civil, no podía considerarse que su actitud meramente pasiva importase una falta consciente de respeto a los símbolos nacionales, sino de obediencia a la autoridad paterna. En definitiva, por este argumento, se hizo lugar al amparo donde se reclamaba la reincorporación ("Barros y otro", *Fallos*, 301:151).

c) *Residencia en el país.* En "Carrizo Coito", la Corte consideró que, no obstante el decreto mencionado, no podía ser denegada por la Dirección de Migraciones la solicitud de permiso de radicación definitiva en el país a quien manifestase pertenecer a los Testigos de Jehová, ya que aquel decreto no imponía la expulsión

del país a quienes estuvieren en esa condición. Por lo demás, expuso la Corte, si el interesado incurriese en actos de menosprecio de los símbolos patrios argentinos, como consecuencia de su confesión, esa transgresión podría autorizar la aplicación futura de las sanciones del caso (*Fallos*, 302:604).

§ 977. ***Derecho a no declarar la religión.*** – El art. 16 de la Const. española define un derecho especial, anexo al de libertad religiosa: el de no declarar la religión que una persona profese. ¿Rige tal derecho en la Argentina?

La Constitución nacional no lo enuncia explícitamente, pero se puede reputar como un derecho *inferido* o *extraído* del mismo art. 14. La libertad de culto puede y debe ser acompañada del derecho (constitucional) de no ser obligado a revelar la religión practicada, precisamente para no sufrir discriminaciones, acosos o perjuicios por cumplir con ese credo.

§ 978. ***Derecho a no practicar un culto.*** – Generalmente se vislumbra el principio de libertad de culto en su sentido activo, cual es el profesar públicamente una religión. Pero también involucra el derecho a no adscribirse a una confesión (Padilla), a ser ateo y también a no ser coaccionado a practicar actos de culto. Tal directriz, emergente precisamente del principio de *libertad* en el ejercicio de los cultos (art. 14, Const. nacional), se encuentra refrendada por la declaración *Dignitatis Humanæ* del Concilio Vaticano II, al advertir que "no se obligue a nadie a obrar contra su conciencia", y al excluir "cualquier género de imposición por parte de los hombres, en materia religiosa". En la Corte, estas puntualizaciones fueron destacadas en el voto del juez Petracchi ("Sejean", *Fallos*, 308:2310, consid. 10).

§ 979. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con la libertad de conciencia y religiosa de la siguiente manera.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. II, III y XXII), Declaración Universal de Derechos Humanos (preámbulo, arts. 2º, 16 y 18), Convención para la Pre-

vención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. II), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2° y 13), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2°, 4°, 18 y 20), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Preámbulo y art. 5°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 1°, 12, 13, 16, 22 y 27) y Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo, arts. 2°, 14, 20, 29 y 30).

CAPÍTULO XXVI

DERECHO DE REUNIÓN

§ 980. *UBICACIÓN CONSTITUCIONAL. PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA.* – La Constitución nacional no menciona expresamente al derecho de reunión. No obstante, la Corte Suprema ha dicho de él que es un derecho esencial y primario, tal vez el principal, "pues más que un derecho concreto y aislado constituye la *condición* normal para el ejercicio de los demás derechos en una sociedad organizada según el régimen democrático" ("Sofía y otro", *Fallos*, 243:504, voto del juez Orgaz).

La Corte Suprema ha sostenido que ese derecho tiene su origen en la libertad individual, de palabra y de asociación, y que nace de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, hallándose implícitamente comprendido en el art. 33, entre los derechos constitucionales no enumerados ("Arjones", *Fallos*, 191:197; "Campaña popular en defensa de la ley 1420", *Fallos*, 207:251, y "Faskowicz y otros", *Fallos*, 240:235). Excede el ámbito de la política estatal, dado que los habitantes pueden reunirse con objetivos más amplios (p.ej., universitarios, religiosos o gremiales), incluso meramente sociales (piénsese, en un encuentro de ex alumnos, de amigos, de personas vinculadas al deporte, etcétera).

Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica (art. 15) establece: "Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del

orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás".

§ 981. ***La "causa lícita" para la reunión.*** – Según la Corte Suprema, el ejercicio del derecho de reunión requiere indispensablemente una *causa lícita* para el encuentro ("Anderson, Clayton y Cía.", *Fallos*, 191:388). Pero al respecto, no pueden ser prohibidas las reuniones en razón de las ideas, opiniones o doctrinas de sus promotores, sino de los *fines* por los cuales han sido convocadas ("Arjones", *Fallos*, 191:197).

Al contrario, pueden ser negadas las que contraríen normas de la moralidad social, tiendan a suprimir las libertades individuales o conspiren contra la libertad política ("Anderson, Clayton y Cía.", *Fallos*, 191:388).

Durante el estado de sitio, el derecho de reunión es restringible ("Sofía y otros", *Fallos*, 243:504), aunque sometido al control de razonabilidad por parte de la judicatura (ver § 726).

§ 982. ***Reglamentación.*** – La regla genérica elaborada por la jurisprudencia argentina establece que el derecho de reunión es reglamentable, como los demás derechos constitucionales, por el Congreso (art. 14, Const. nacional), pero según la Corte, éste no puede suprimirlo so pretexto de reglamentarlo o de defender las instituciones ("Arjones", *Fallos*, 191:197). La regulación del caso debe ser razonable, y su ejecución no se puede realizar con rigor injustificado que frustre dicho derecho ("Faskowicz", *Fallos*, 240:235).

En tal sentido, la Corte distinguió entre *reuniones privadas* y *reuniones públicas*. Las primeras, celebradas en lugares cerrados, de escaso número de personas y que no tengan propósitos subversivos ni contrarios al orden público, no pueden ser prohibidas ni sometidas a la exigencia del aviso o permiso previo ("Arjones", *Fallos*, 191:197, y "Cuomo y Etchegoyen", *Fallos*, 193:244).

En cambio, las reuniones que importen el uso de calles, plazas o parques públicos pueden ser sometidas al aviso y permiso previo, aun si se realizan fuera de la vía pública, porque toda aglomeración de personas –señala la Corte– es posible que provoque alteración del orden y tranquilidad públicos ("Arjones", *Fallos*, 191:197, y "Cuomo y Etchegoyen", *Fallos*, 193:244).

§ 983. ***Sanciones.*** – La infracción a las normas que disciplinen legítimamente el derecho de reunión puede originar sanciones que la Corte no reputa inconstitucionales, mientras sean razonables.

De realizarse un mitín sin previo aviso y autorización, y, además, producirse un tumulto, es válido que la reglamentación imponga sanciones a los concurrentes ("Cuomo y Etchegoyen", *Fallos*, 193:244).

La reunión que se atribuya los derechos del pueblo y peticione en su nombre comete el delito de sedición, según lo previsto por el art. 22 de la Const. nacional (ver § 339 y 992).

§ 984. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con la libertad de reunión de la siguiente manera.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXI), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 20), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 21), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (art. 15) y Convención sobre los Derechos del Niño (art. 15).

CAPÍTULO XXVII

DERECHO DE ASOCIACIÓN

§ 985. *NORMAS VIGENTES.* – El art. 14 de la Const. nacional declara el derecho de "asociarse con fines útiles". El Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 16, establece que todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. Añade el inc. 2 que 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.

Como nota particular, el inc. 3 del art. 16 del Pacto agrega que el derecho a asociarse "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".

§ 986. *EL CONCEPTO DE "FIN ÚTIL".* – El art. 14 de la Const. nacional, repetimos, señala el derecho de "asociarse con fines *útiles*". Es un concepto de contenido general, que se puede plasmar en el ámbito mercantil pero también en el cultural, religioso, deportivo, político, etcétera. El art. 14 bis contempla una especie del derecho a asociarse: la "organización sindical libre y democrática", que será tratada en su oportunidad (§ 1075).

A su vez, el nuevo art. 42 fomenta un tipo particular de entidades: las "asociaciones de consumidores y de usuarios", que de-

ben tener una "necesaria participación" en los organismos de control que se creen dentro de los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, según lo dispone la misma norma.

¿Qué es un "fin útil"? Naturalmente, el concepto de *utilidad* no se ciñe sólo al orden económico. Lo "útil" es lo que satisface ciertos objetivos, y éstos varían de sujeto a sujeto, por lo cual pueden existir sociedades o asociaciones de la más diversa índole. El mensaje constitucional es impedir la asociación con objetivos contrarios a los principios y valores de la Constitución, o lesivos a las pautas del art. 19 (es decir, si afectan la moral o el orden público, o perjudican a terceros).

La Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que el derecho de asociación es reglamentable como cualquiera, al no existir en la Constitución derechos absolutos ("Graduados en Ciencias Económicas", *Fallos*, 311:1132). Sin embargo, esas normas regulatorias no pueden establecer requisitos irrazonables, ni la autoridad de aplicación (p.ej., la Inspección General de Justicia) imponerlos (doctrina de "Movimiento Scout Argentino", *Fallos*, 302:545).

En "Comunidad Homosexual Argentina" (*LL*, 1991-E-679), la Corte Suprema tuvo que evaluar si los fines de tal organización, programados para "bregar porque la condición homosexual no sea materia de discriminación en lo familiar, social, moral, religioso, laboral ni de ninguna otra índole; generar ámbitos de reflexión y estudios multidisciplinarios sobre la problemática homosexual y difundirlos; luchar por la plena vigencia de los derechos humanos en todo el territorio de la Nación Argentina", eran o no opuestos a la exigencia de adaptación al bien común que requiere, al respecto, el art. 33 del Cód. Civil para las asociaciones que se perfilen como personas jurídicas de carácter privado.

La Corte concluyó que no era arbitraria la denegación de personería jurídica fundada en que los objetivos descriptos importaban la pública defensa de la homosexualidad, y que la moral media argentina no entendía que esto fuese propio del bien común.

La tesis de la mayoría de la Corte Suprema es poco compartible, puesto que un programa de defensa contra la discriminación no parece opuesto al bien común, sino todo lo contrario, al menos en una sociedad pluralista y tolerante, sin perjuicio de que ésta

formule distinciones no absurdas ni estigmatizantes (ver § 1005 y 1008, sobre la discriminación legítima y la perversa). Además, si una minoría homosexual entiende que debe defenderse públicamente, tal actitud –ante eventuales y no tan hipotéticas agresiones– importa un derecho que parece obvio, al menos para plantearlo en un debate abierto, donde todos puedan opinar.

En "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual" (sentencia del 21/11/06), la Corte Suprema determinó que el "fin útil" requerido por el art. 14 de la Const. nacional se cumplía si la asociación del caso adoptaba cualquier objetivo, sin recurrir a la violencia, ni ofender el orden y la moral pública, ni perjudicar a terceros. Además, no debe propender a destruir las "cláusulas inmutables" enunciadas en los arts. 1° y 33 de la ley suprema. Por lo demás, juzgó que la lucha contra la discriminación importaba una empresa de bien común por parte de una asociación y justificaba concederle personería jurídica.

§ 987. ***Asociación compulsiva.*** – La Constitución enuncia el *derecho* de asociarse. En principio, también involucra el derecho a *no* asociarse. ¿Es factible imponer la afiliación compulsiva, por ley o decreto?

En "Ferrari" (*Fallos*, 308:987) y "Beveraggi" (*Fallos*, 308:1626), la Corte Suprema concluyó que en regímenes de derecho privado y común no es exigible tal asociación compulsiva, pero que sí es posible hacerlo respecto de entidades de derecho público, como por ejemplo, un colegio público de abogados que gobierna la matrícula tiene facultades consultivas con relación al servicio de justicia y protege a la profesión, con lo que cumple con facultades estatales delegadas por las autoridades públicas. El ingreso a la entidad no es por tanto un acto voluntario, sino una suerte de *carga pública* o *servicio personal* (ver § 1198).

La jurisprudencia de la Corte Suprema convalidó asimismo la ley 3019 de San Juan, que obligaba a los vitivinicultores a integrarse y a aportar capitales como accionistas a Cavic. La mayoría de la Corte argumentó que no se impedía a los afectados ejercer libremente su comercio e industria, y que la imposición legal no era caprichosa, sino el medio arbitrado para salvaguardar los intereses de aquéllos y de la economía local frente a una gra-

ve situación crítica de la industria de la vid (*Fallos*, 277:147); en "Inchauspe" (*Fallos*, 199:483), antecedente del anterior, legitimó la imposición de contribuciones obligatorias de productores ganaderos a la Corporación Argentina de Productores de Carnes.

En cuanto a esta temática, cabe insistir en que el derecho a asociarse incluye el de no asociarse, y que si una entidad tiene papeles representativos de sus afiliados, no puede obligarlos a asociarse a ella. Menos todavía a ser accionistas o copropietarios, porque ello importa trastrocar el régimen de libertad de contratación (ver § 1054).

Sobre la afiliación compulsiva a entidades del sistema de previsión social y gremios, nos remitimos a los § 1076 y 1091, con relación al art. 14 bis de la Const. nacional.

§ 988. ***Ingreso y egreso.*** – Cabe deducir, del derecho de asociarse, el derecho a *constituir*, a *ingresar* y a *retirarse* de las asociaciones y sociedades, dentro de pautas razonables de reglamentación, legitimadas por el mismo art. 14 de la Const. nacional, cuando menciona las leyes que son aplicables al ejercicio de los derechos constitucionales.

Puede ocurrir que ciertas entidades cuenten con cláusulas discriminatorias, lesivas del principio de igualdad, en particular en cuanto al acceso a tales agrupaciones. El art. 1° de la ley 23.592 condena las normas o prácticas *arbitrariamente* discriminatorias, por lo que cabe diferenciar entre desigualdades *legítimas* (razonables) y *perversas* (no razonables). Hemos apuntado que existen algunas organizaciones basadas en vínculos de origen (*colectividades*), religión o creencias, donde la selección de sus afiliados, basada en esas pautas, no es absurda.

Las mismas reglas pueden aplicarse al supuesto del egreso de los asociados, que en todo caso debe responder también a criterios de razonabilidad siempre revisables judicialmente.

§ 989. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con la libertad de asociación.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXII), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 20), Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. III), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 2°, 4° y 5°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (art. 16), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 7° y 14) y Convención sobre los Derechos del Niño (art. 15).

CAPÍTULO XXVIII

DERECHO DE PETICIONAR

§ 990. *DERECHO DE PETICIÓN SIMPLE.* – El art. 14 de la Const. nacional consagra a todos los habitantes el derecho "de peticionar a las autoridades". Éste admite tres alternativas, siendo la primera el derecho de *petición simple.*

En este caso, la primera consecuencia de tal facultad constitucional es la de no ser castigado por solicitar algo al Estado. Aunque esto último parece absurdo, por lo obvio, lo cierto es que históricamente explica la cláusula que tratamos. Durante el reinado de Jacobo I, recuerda Hallam, el monarca puso en prisión a diez de los firmantes de la *solicitud del milliar*, en donde cerca de mil ministros del culto puritano demandaban ciertas modificaciones litúrgicas que molestaron en sumo grado a ese rey.

La segunda consecuencia del derecho de petición simple o de "mero ejercicio del derecho de peticionar", según lo llama la Corte Suprema ("Urteaga", *Fallos*, 304:1098), es la de obtener una respuesta de la autoridad a la que se dirige.. Este *derecho a respuesta* es negado por algunos juristas (Linares Quintana, Bidart Campos), admitido parcialmente por otros (en los casos en que el peticionante tenga un *derecho subjetivo* o *interés legítimo* en juego, pero no si sólo cuenta con *interés simple* –Padilla–, ver § 865), y reconocido ampliamente por otro sector de la doctrina (Ekmekdjian). Tal derecho a respuesta –independientemente del contenido de ella–, en un término razonable, resulta obligado en un régimen republicano donde las autoridades son responsables ante la comunidad, y ésta es fuente del poder de aquéllos.

Con referencia al derecho de petición simple, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que reglamentarlo admitiendo sólo las presentaciones individuales de profesores de un colegio (excluyendo las colectivas), no resulta inconstitucional, porque nada impide a cada interesado plantear sus solicitudes ("Caletti y otros", *Fallos*, 275:50).

§ 991. ***Derecho de petición calificado.*** – En otros supuestos, el habitante cuenta con el derecho a plantear un reclamo ante la autoridad pública y a exigir, basándose en él, un acto o decisión concretos.

Por ejemplo, el art. 23 de la Const. nacional contempla para todo detenido, en virtud del estado de sitio, el *derecho de opción* o *de extrañamiento*, que es el de salir del territorio argentino. De los arts. 18 y 33 emerge el *derecho a la jurisdicción* que importa la posibilidad de acceder a un tribunal de justicia y a obtener de éste una sentencia que sea una derivación razonable del derecho vigente (ver § 1121).

Naturalmente, aquí es indudable que el portador de un derecho de petición calificado cuenta, aun más que quien sólo tiene el derecho de petición simple, con los derechos a no ser sancionado por ejercerlo y a obtener una respuesta del Estado.

En ciertos casos, sin embargo, ocurren infracciones a estas reglas. Por ejemplo, en ocasión de la prestación de acuerdos legislativos para la designación de jueces provinciales de Santa Fe, postulados por el Poder Ejecutivo, algunos legisladores manifestaron su renuencia a formular el acuerdo respecto de candidatos que habían iniciado juicios de amparo contra la provincia, en reclamo de diferencias salariales que les eran adeudadas, y planteado en ellos medidas cautelares innovativas por las cuales percibieron ciertas acreencias ("La Capital", Rosario, 19/3/93). Esto importa una especie de castigo –inconstitucional– por la realización del derecho constitucional a peticionar, en su versión calificada de acceso a los tribunales.

§ 992. ***Derecho de petición prohibido.*** – Algunas veces una constitución prohíbe a ciertos grupos o personas plantear solicitudes. Así, la de España (art. 29), que impide a los miembros de las fuerzas armadas formular presentaciones colectivas.

El art. 22, parte 2ª, de la Const. argentina advierte: "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 objeto de esta norma es limitar la participación popular en la adopción de decisiones políticas sólo a la representación institucionalizada de la Cámara de Diputados, del Senado o del presidente.

También, desde luego, se procura impedir que cualquier sector de la comunidad se arrogue la representatividad de toda ella.

En la práctica, sin embargo, la severa prescripción que anotamos está –en lo que se refiere a reuniones de civiles– felizmente derogada por el derecho consuetudinario. En los mitines y demás reuniones públicas es usual que los oradores invoquen tener representatividad del pueblo, o hablen en su nombre, sin que merezcan por ello castigos penales.

§ 993. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con el derecho de petición de la siguiente manera.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIV), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (art. 4°) y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 13).

CAPÍTULO XXIX

DERECHO DE ENSEÑAR Y DE APRENDER

§ 994. *INTRODUCCIÓN.* – El art. 14 de la Const. nacional enuncia escuetamente el derecho, para todos los habitantes de la Nación, "de enseñar y aprender". El art. 25 otorga a los extranjeros el derecho a "enseñar las ciencias y las artes", facultad que complementa al art. 14. El art. 75, inc. 18, por su parte, confía al Congreso proveer lo conducente para el "progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria". Estas cláusulas han tenido un interesante y discutible despliegue doctrinal, legal y jurisprudencial.

Por su parte, el nuevo art. 75, inc. 19, alude a los contenidos de las "leyes de organización y de base" en materia educativa: consolidar la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; asegurar la responsabilidad indelegable del Estado; asegurar también la participación de la familia y de la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades, sin discriminaciones; garantizar la gratuidad y equidad de la educación pública estatal, y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Sobre estas directrices nos remitimos al § 802, como al análisis de las leyes federales de educación 26.206 y de educación superior 24.521.

Interpretado literalmente, el art. 14 autoriza a cualquiera a transmitir y divulgar doctrinas y conocimientos (enseñar) y también a cualquiera a recibirlos (aprender). El debate se plantea,

sin embargo, particularmente en el área de la enseñanza primaria, secundaria y terciaria, y de modo especial, en cuanto a los llamados *títulos habilitantes* para acceder a ciertos empleos o ejercer profesiones.

Es importante tener en cuenta que el Pacto de San José de Costa Rica expresa: "Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones" (art. 12, inc. 4).

§ 995. ***Derecho a enseñar. Libertad de enseñanza.*** – El *derecho a enseñar* involucra en primer lugar el de crear institutos de estudio de cualquier nivel. Es la llamada *libertad de enseñanza* (González Calderón). No sería constitucional, pues, un monopolio estatal en algún sector de la educación argentina, sin perjuicio del derecho del Estado a controlar la enseñanza privada, tanto en su contenido como en su desarrollo y calidad, en función de su potestad reglamentaria del art. 14 y de los planes de estudio que debe disciplinar según el art. 67, inc. 16 (sobre esto, ver § 801 y 1179).

¿Está *obligado* el Estado a crear y mantener establecimientos educativos? Un sector de la doctrina responde negativamente (Bidart Campos), mientras que otro explica que sí debe hacerlo cuando los particulares no asumen tal tarea, todo ello en virtud del principio de subsidiariedad (Padilla). Sobre el tema, la Constitución (art. 5°) obliga a las provincias a asegurar la educación primaria, y análoga obligación debe correr para el Gobierno federal en las áreas territoriales que le competen. Ese *asegurar* implica planear y realizar un programa educativo primario, sea a cargo de particulares o en concurrencia de éstos con el Estado, según las particularidades de cada provincia. De no prestar el sector privado la enseñanza primaria, debería entonces inevitablemente asumirla –por imperativo constitucional– sólo el Estado, ya que a él le corresponde siempre *asegurar* ese nivel primario.

En cuanto a los otros niveles, la reforma constitucional de 1994, al insertar las pautas en materia educativa de "responsabilidad indelegable del Estado" (art. 75, inc. 19), aludió, conforme el despacho mayoritario en la asamblea, a institutos educativos estatales en todos los niveles, con lo que coincidiría además el penúltimo párrafo del mentado inciso, cuando contempla la existencia de "las universidades nacionales" (ver § 802; "Diario de Sesiones", p. 3180 y ss., *Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994*, t. VI, p. 5373 y siguientes).

En verdad, el Estado está obligado, primero, a *respetar* el citado derecho de los padres, y si tiene escuelas propias tendrá que incluir programas de religión o moral para cumplir –por lo menos elementalmente– con el Pacto de San José de Costa Rica.

Pero este instrumento no obliga al Estado a sostener económicamente a las casas de estudio privadas que brinden educación religiosa o moral. Tampoco, obviamente, a quienes sean neutras o laicas.

En "Instituto Lomas de Zamora", la Corte Suprema juzgó que la reducción estatal de aportes a un instituto educativo privado era posible, puesto que no existe un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones (*Fallos*, 291:359).

§ 996. ***Derechos de los docentes. Ingreso.*** – El nombramiento de los docentes ha sido conceptuado algunas veces por la Corte Suprema como cuestión privativa de la Administración pública, en particular respecto del régimen de concursos ("Dana Montaño", *Fallos*, 239:13). Pero tal tesis ha sido revisada. Ya en "Tejerina", la Corte atiende la impugnación al régimen de concursos de una universidad estatal, por incluir un estudiante en el jurado respectivo, y considera que tal objeción se debe desechar al no ser irrazonable que "quienes tienen el derecho de educarse y de elegir la educación impartida, participen en alguna medida –en el caso mínima– en el criterio de selección de los aspirantes a ejercer las funciones de las que luego serán destinatarios" (*Fallos*, 307:2106).

En "Mocchiutti", la Corte Suprema (*JA*, 1998-II-365) modificó parte de su jurisprudencia anterior, y confirmó la declaración de inconstitucionalidad de las normas del rectorado de la Universidad Nacional de Córdoba y de su Facultad de Filosofía y Humanidades, en cuanto disponían la integración del jurado de concursos de profesores, con un estudiante y un egresado. La Corte estimó que no se respetaban los principios constitucionales de igualdad y de selección por la idoneidad, si para integrar tales ju-

rados se exigían a los profesores cualidades específicas de especialización que no se demandaban a los alumnos y a los egresados miembros del jurado.

¿Es constitucional exigir ser ciudadano argentino para desempeñarse como docente, en ciertos niveles educativos? En "Repetto", y con acierto, la Corte Suprema (*Fallos*, 311:2272) entendió que el Reglamento General de Escuelas de la provincia de Buenos Aires que imponía tal requisito, vulneraba el derecho constitucional de los extranjeros (art. 20) de gozar de los mismos derechos civiles que los argentinos. Si bien los derechos de los no argentinos son reglamentables, la Corte concluyó que, en cuanto a los derechos civiles, no puede haber discriminación legítima entre nacionales o extranjeros.

§ 997. ***Libertad de cátedra.*** – Del *derecho a enseñar* se infiere el derecho constitucional de libertad de cátedra, enunciado en algunas constituciones de modo explícito, pero en la nuestra deducido, como se dijo, de la parte final del art. 14 (Linares Quintana, Padilla).

Es un derecho en favor de los docentes, que implica desarrollar sus asignaturas con un margen de discrecionalidad técnica e ideológica. Como cualquier derecho, es reglamentable y siempre caben limitaciones razonables de contenido y de doctrina. Por ejemplo, no es absurdo prohibir la difusión de ideologías totalitarias o que nieguen la dignidad del hombre, por ser incompatibles con el techo ideológico y los valores de la Constitución (ver § 272), o exigir que cualquier docente respete la moral pública (art. 19, Const. nacional). En los establecimientos privados, explica Bidart Campos, es también natural condicionar las enseñanzas a las orientaciones espirituales o doctrinales que animaron la creación de tales institutos. Una cátedra atea en una escuela confesional resultaría ciertamente absurda.

§ 998. ***Estabilidad de los docentes.*** – Este punto se conecta con el art. 14 bis de la Const. nacional, cuando reconoce a los trabajadores en general (y los educadores son una especie de ellos) "protección contra el despido arbitrario" y, en el caso particular de los estatales, "estabilidad del empleado público". Sobre estos temas nos remitimos a los § 1070 y 1071.

En "Urrestarazu", el Tribunal Superior de Córdoba declaró nula una cesantía dispuesta respecto de una docente que reconoció pertenecer a los Testigos de Jehová. El tribunal constató que, pese a todo, no se había probado que ella hubiese ofendido los símbolos patrios, y además, apuntó que jamás se negó a dar clases alusivas a fechas históricas de la nacionalidad (*ED*, 130-228). En definitiva, ordenó la reincorporación de la maestra, que era empleada pública.

Hace tiempo, en "Bergés", la Corte Suprema atendió una situación particular: la del docente de una cátedra eliminada de un plan de estudios. Para el tribunal, también "queda de hecho eliminado el profesor que la dictaba, sin que ello importe una destitución, ni un agravio moral o material" (*Fallos*, 166:264). Después de la reforma constitucional de 1957 y la consecuente sanción del art. 14 bis, una situación como la analizada provocaría, de todos modos, el derecho a percibir las indemnizaciones laborales del caso.

§ 999. ***Derecho de aprender. Ingreso.*** – Cabe averiguar cómo se manifiesta o aplica el derecho constitucional *de aprender*. En principio, significa libertad de elegir dónde educarse. En segundo lugar, ¿hay un derecho constitucional a educarse gratuitamente? De carecer el interesado de recursos suficientes, la respuesta tiene que ser positiva respecto de la educación primaria, cuya prestación deben *asegurar* las provincias y, en su orden, lógicamente el Estado nacional (arg. art. 5°, Const. nacional). En cuanto a los otros niveles, no hay *imperativo* constitucional (aunque, por supuesto, es también valioso que el Estado programe educación secundaria y universitaria gratuitas para quienes no puedan afrontar sus costos).

Con relación a la inscripción en establecimientos educativos, la Corte Suprema ha dicho que ciertos impedimentos son inconstitucionales, como prohibir que una persona a quien le falta un ojo se anote en un profesorado en geografía ("Almirón", *Fallos*, 305: 1489), o a alguien que mida menos de 1,60 m en un profesorado de matemáticas y astronomía ("Arenzón", *Fallos*, 306:400).

Una situación especial ocurre en cuanto al acceso a institutos privados. Cierta corriente ha sostenido que el ingreso queda a discreción de la casa de estudios, ya que "el derecho de enseñar no crea la correlativa obligación de que quien imparta enseñanza

deba hacerlo hacia aquellas personas o individuos a quienes no desee impartirla", y porque "nadie puede invocando el derecho de aprender, exigirle a otro que le preste el servicio de educarlo" (C3ªCivCom Córdoba, "Echegaray Ferrer", *ED*, 109-498). Pero, en posiciones más moderadas, se ha expuesto que no se viola la libertad de aprender únicamente cuando los establecimientos imponen condiciones *razonables* de ingreso y niegan el acceso a quienes no las reúnen (Bidart Campos). En "Frigerio", por ejemplo, se apuntó que el derecho de admisión, y en particular el de permanencia de un alumno, no podía ser negado arbitrariamente por el establecimiento, y si éste ejercitaba abusivamente su derecho de selección, infringiendo así el art. 1071 del Cód. Civil, cabía hacer lugar judicialmente al pedido de inscripción definitiva (CNCiv, Sala C, *ED*, 123-102).

La postura moderada que se ha descripto es la más razonable.

Ahora bien, el derecho de aprender no obsta a que una razonable legislación condicione su disfrute, y que se establezcan pautas de estudio y de conducta a las que debe someterse el alumno. Éste, asimismo, no tiene derecho a que los planes de estudio permanezcan inalterables, pues pueden modificarse sin incurrir en arbitrariedad o irrazonabilidad ("Padres de alumnos", *Fallos*, 322:270, y "Bonetto", *Fallos*, 324:4048). Tampoco hay un derecho constitucional a que se mantenga en un establecimiento educativo oficial un sistema de educación diferenciada por sexo (en el caso del Colegio Monserrat de Córdoba, se admitió la inscripción de mujeres en un instituto habilitado antes solamente para varones) ("González de Salgado", *Fallos*, 323:2659).

§ 1000. ***Medidas disciplinarias y expulsiones de estudiantes.*** – Del derecho constitucional de aprender se deduce el de continuar estudiando, una vez que se ha ingresado en un establecimiento educativo, previo cumplimiento de los requisitos que razonablemente se impongan al respecto.

De todos modos, la Corte Suprema ha dicho que el derecho de aprender, como los demás enunciados en la Constitución, no es absoluto ni ilimitado, sino sometido en su ejercicio a las restricciones que lo reglamenten sin alterar su espíritu. Por ende, "la libertad de aprender hasta alcanzar un grado profesional, no obsta al

ejercicio de facultades disciplinarias por parte de las autoridades de los institutos superiores de cultura" ("Benvenuto", *Fallos*, 154: 119, y "Saguier", *Fallos*, 271:342).

En "Chapla" (*Fallos*, 301:410), la Corte reiteró que el derecho a aprender no impedía la aplicación de sanciones disciplinarias, pero que éstas deben ser racionales, evitando el total allanamiento de aquel derecho.

Como caso paradigmático, en el cual la Corte entendió razonable los motivos argumentados por una casa de estudios para despedir a un alumno, se puede ver "Saguier" (*Fallos*, 271: 342).

§ 1001. ***Derecho al diploma.*** – El derecho constitucional de aprender conlleva, asimismo, a reconocer un derecho a la obtención del título o diploma, satisfechos los recaudos académicos y administrativos correspondientes (CSJN, "Bonetto", *Fallos*, 324: 4048, y "Padres de alumnos", *Fallos*, 322:270).

En "Agüero" (*Fallos*, 214:149), la Corte Suprema entendió que no era inconstitucional demandar un juramento para otorgar un diploma universitario (ver § 971). Y en "Hochbaum" (*Fallos*, 277:205) reconoció aptitud a la Universidad de Buenos Aires para invalidar un diploma que había expedido siete años atrás, por entender que el afectado no había rendido una de las asignaturas de su carrera.

En un pronunciamiento que ha merecido elogios, se ha indicado que una norma universitaria que exigiese la condición de argentino para obtener un diploma de grado, colisionaría con el art. 20 de la Const. nacional. En otras palabras, los estudiantes extranjeros gozan en este país del derecho a recibir un título universitario, en igualdad de condiciones con los argentinos (CFed Paraná, 18/11/96, *DJ*, 1997-2-268).

§ 1002. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con la instrucción y la enseñanza.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Preámbulo, arts. XII, XIII, XXX y XXXI), Declaración Uni-

versal de Derechos Humanos (arts. 26 y 27), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6°, 10, 13 a 15), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 18 y 27), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Preámbulo, arts. 5° y 7°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 12 y 26), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 10 y 14), Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 10) y Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo, arts. 17, 18, 28. 29 y 31).

CAPÍTULO XXX

DERECHO A LA IGUALDAD

A) DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES GENERALES

§ 1003. *INTRODUCCIÓN.* – El art. 16, parte 2ª, de la Const. nacional enuncia un principio general: todos los habitantes de la Nación "son iguales ante la ley". En el art. 15, y en el resto del art. 16, se mencionan varias aplicaciones de tal postulado, con referencia a la esclavitud, los títulos de nobleza, el acceso a los empleos y los impuestos y cargas.

A su vez, la reforma constitucional de 1994 trató en diversos artículos el tema de la igualdad: art. 37 (con referencia a los derechos políticos), art. 75, inc. 19 (en materia de educación), art. 75, inc. 23 (para tutelar a sujetos débiles –históricamente discriminados– o en inferioridad de condición), art. 75, inc. 2 (en términos generales, para todo el país). También programó acciones judiciales contra la discriminación en el art. 43, respecto del amparo y el hábeas data.

Estas reglas están complementadas por varios instrumentos internacionales. El Pacto de San José de Costa Rica refiere al tema en los arts. 6°, 23 y 24.

Este último, también de modo general, dice: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

§ 1004. ***Dimensión ideológica del derecho a la igualdad. Reforma de 1994.*** – Como –en particular– el derecho de propiedad, el derecho a la igualdad puede tener contenidos muy diferentes según la ideología con la que se aplique.

En una versión propia del techo individualista liberal original de parte de la Constitución (ver § 272), la Corte Suprema indicó, por ejemplo, que el art. 16 se inspira en la conciencia democrática de los constituyentes, donde "no es, pues, la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales" ("Díaz Vélez", *Fallos*, 151:367).

La Constitución se adhirió, básicamente, a una igualdad *formal* ("ante la ley").

Con la misma letra constitucional, en lo que aquí nos interesa, pero en un marco ideológico diferente (el de la Constitución de 1949), la Corte Suprema puntualizó que "tan inequitativo es que la ley trate desigualitariamente a los iguales en iguales circunstancias, como que trate igualmente a quienes no son iguales –en el sentido de que su condición o situación es distinta–, y no obstante la desigualdad de circunstancias". Para que todos sean iguales ante la ley, "es preciso que ésta los iguale compensando con sus disposiciones los desequilibrios que hacen violencia al orden natural" ("Bemberg", *Fallos*, 237:563).

Para la visión del Estado social de derecho (ver § 8), la idea de igualdad demanda un *actuar* del Estado para remover los obstáculos culturales, políticos o económicos que limitan de hecho la igualdad de los hombres, en procura de una *igualdad real de oportunidades* o *de posibilidades*, lo que implica una tarea de *promoción* para el acceso efectivo a los derechos personales (Bidart Campos). Ello da lugar en el derecho estadounidense a la *acción positiva* o *afirmativa* (*affirmative action*) para *conseguir* igualdad, en particular en pro de los derechos de las minorías. En otras palabras, éstas gozan, a través de la "acción afirmativa" de una protección especial, lo que a su vez genera una especie de "discriminación inversa" (el grupo anteriormente discriminador o privilegiado es tratado ahora con menos preferencia, y el otrora discriminado, goza de más prerrogativas).

La reforma constitucional argentina de 1994 ha incorporado explícitamente el principio de igualdad real de oportunidades a varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos y partidarios (art. 37); con el ejercicio de las "acciones positivas" (art. 37); la tesis de la igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional (art. 75, inc. 2); la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, en el ámbito educativo (art. 75, inc. 19), y la igualdad real de oportunidades y de trato, en particular respecto de los niños, mujeres, ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23), para lo cual habilita asimismo "medidas de acción positiva".

Ello importa una significativa modificación del techo ideológico y del sistema normativo anterior de la Constitución (art. 16).

§ 1005. ***Directrices sobre la igualdad constitucional.*** – La Corte Suprema emplea habitualmente una serie de estándares para definir el alcance de la igualdad según la Constitución nacional.

a) *Flexibilidad.* La primera directriz es que el art. 16 de la Const. nacional no postula una *rígida igualdad*, ya que "entrega a la discreción y sabiduría de los gobiernos una amplia latitud para ordenar y agrupar distinguiendo y clasificando razonablemente los objetos de la legislación" ("Leal", *Fallos*, 184:398, y "García Monteavaro", *Fallos*, 238:60).

b) *Discriminación objetiva y discriminación arbitraria.* La segunda directriz traduce igualdad por "el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se le concede a otros en igualdad de circunstancias" ("Martínez", *Fallos*, 312:826, y "Gómez y Federico", *Fallos*, 312:851).

La Corte acepta razones de *objetiva discriminación*, en tanto la ley formule distinciones entre supuestos que estime distintos, siempre que aquéllas no resulten arbitrarias, esto es, "mientras no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio de personas o grupos" ("Unión Gremial Trabajadores Sanitarios", *Fallos*, 299:146; "Fernández", *Fallos*, 302:192, y "Halladjian", *Fallos*, 302: 457). Esto permite hablar de *discriminaciones legítimas* y *discriminaciones ilegítimas* en el derecho constitucional local.

c) *Igualdad en igualdad de circunstancias.* Para la Corte, la igualdad ante la ley reclama "iguales derechos frente a hechos semejantes" ("Váldez", *Fallos*, 295:937), o igual trato siempre que las personas "se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones" ("Sánchez de Sotelo", *Fallos*, 312:615). "Igualdad ante la ley", explica el tribunal, "quiere decir debe ser igual la ley para los iguales en iguales circunstancias" ("Nuevo Banco Italiano", *Fallos,* 200:428). Hay desigualdad, en síntesis, si la ley contempla en forma distinta situaciones que son iguales ("Martínez", *Fallos*, 312:826), pero no si contempla de manera diversa a supuestos o casos que son entre sí diferentes (doctrina de "Prov. de Buenos Aires", *Fallos*, 300:984).

d) *Desigualdad de la ley y no de la interpretación.* Otra línea frecuente en la Corte es que el agravio al principio constitucional de igualdad, para ser aceptado por los tribunales, debe provenir de la ley y no de su efectivización o interpretación concreta dada por la autoridad encargada de hacerla cumplir ("Kohen", *Fallos*, 312:461). Por ejemplo, si –con fundamento– se prohíbe a una persona realizar una edificación, el afectado no puede alegar que se le ha permitido hacerlo a otras, dado que ellas se hallan en infracción ("Motor Oil SACI", *Fallos*, 310:943).

Algunas de las directrices enunciadas precedentemente son en principio aceptables, aunque su instrumentación depende del sentido de prudencia y de justicia que manejen los jueces en el caso concreto.

Al respecto, cabe pensar que, de hecho, la cláusula constitucional de igualdad se ve tan lesionada cuando las discriminaciones surgen del texto legal como cuando resultan de distintas interpretaciones practicadas por la autoridad pública, administrativa o judicial (Garay).

Por ejemplo, en "Itapesca" (*Fallos*, 328:1750), la Corte vuelve a sostener que el legalmente obligado no puede oponerse al cumplimiento de su deber argumentando que solamente a él le está siendo aplicada una norma, pues –sostiene el tribunal– el modo de hacer efectiva la responsabilidad del poder administrador, que omite imponer a algunos el cumplimiento de una ley que les comprende, no puede ser liberando del debido cumplimiento a quienes les fue requerido. Sin embargo, cabe concluir que si de modo

habitual la autoridad pública dispensa al resto de la comunidad de una obligación, pero en un caso aislado la exige a alguien, puede pensarse que hay un derecho consuetudinario derogatorio de ese deber y que, por tanto, es discriminatorio demandar su ejecución a un sujeto en casos aislados.

§ 1006. ***Legitimación para impugnar la desigualdad.*** – Dado que en el orden nacional, y salvo para el caso del hábeas corpus (ver § 313), y del amparo ambiental (§ 324) no hay acciones populares de inconstitucionalidad, la Corte concluye que la violación al principio de igualdad establecido en el art. 16 de la Const. nacional sólo puede ser planteada por quienes hayan sufrido la discriminación ("Firpo", *Fallos*, 312:1484) y, por tanto, no tiene legitimación para hacerlo quien no es el destinatario de la supuesta desigualdad ("Franquelo", *Fallos*, 304:865).

Sin embargo, a partir de la reforma de 1994, el nuevo art. 43 confiere legitimación, para evitar situaciones de discriminación y por medio del amparo, también al defensor del pueblo y a las asociaciones constituidas a esos fines.

§ 1007. ***Especificaciones.*** – Resulta de interés exhibir algunas áreas donde la Corte Suprema ha proyectado sus líneas generales sobre el tema.

a) *Cambio de normas.* En principio, la sustitución de una norma por otra no lesiona la igualdad de trato. Para la Corte, la diferencia legal existente entre las situaciones anteriores y posteriores a la sanción de un régimen normativo no configura agravio a la garantía de igualdad, porque de lo contrario toda modificación legislativa importaría desconocerla ("Tinedo", *Fallos*, 308:199; "Mujica", *Fallos*, 311:2781, etcétera).

b) *Procedimientos.* Del principio general de igualdad, se desprende el de trato igualitario que el juez debe dispensar a las partes. Éste, por ejemplo, no puede imponer a una de ellas una carga que, en igualdad de situación, no requiere a la otra ("D'Andrea de Sassone", *Fallos*, 308:281); o fijar a las partes plazos diferentes para realizar un acto procesal de igual índole ("Prada", *Fallos*, 307:2077). Pero en el derecho procesal laboral no rige el principio de igualdad de las personas, sustituido por el de la distinción

entre empleados y patrones ("Ruggiero", *Fallos*, 306:1124). Esto deriva del carácter tutelar del derecho del trabajo, en consecuencia con la idea de justicia social emergente del art. 14 bis.

No hay atentado a la igualdad en la fijación de un monto mínimo para apelar ("Juárez", *Fallos*, 301:1066), o de uno nuevo, en las causas donde no se hubiera ya concedido un recurso ("Chivra", *Fallos*, 303:330). La exigencia de una determinada cantidad de pena para recurrir la sentencia, tampoco es inconstitucional ("Chiquaux", *Fallos*, 300:1084).

La Corte ha reputado lesiva de la igualdad la dualidad de criterios seguida por un tribunal para reajustar honorarios ("Levin", *Fallos*, 302:315), o el hecho de que se privilegie a una parte, permitiéndole agregar una partida de matrimonio extemporáneamente ("Moreira de Batista", *Fallos*, 301:1089), pero no en la hipótesis de ciertas prerrogativas procesales para el Estado, por lo cual no cabe pensar que la igualdad procesal exige una "equiparación rigurosa" entre los particulares y el Gobierno ("Nación Argentina", *Fallos*, 246:194). Una desigualdad irritante y sin base legítima entre el particular litigante y el Estado litigante pecaría, no obstante, de inconstitucionalidad.

Otra puntualización de interés es que no hay lesión a la garantía de la igualdad si un tribunal no se ajusta en una sentencia a la doctrina establecida por el mismo tribunal en otros pronunciamientos ("Carrera", *Fallos*, 301:917). Incluso, advierte la Corte, las partes no pueden exigir que el tribunal de la causa mantenga en forma invariable durante todo el curso del proceso la primera interpretación asignada a una norma, salvo que se probare que ha actuado en forma irrazonable o discriminatoria ("Banco Urquijo", *Fallos*, 300:1170).

c) *Federalismo.* La existencia de un régimen federal explica la *legitimidad de la diversidad* en la instrumentación de ciertos institutos. Por ejemplo, no es inconstitucional que el régimen de excarcelaciones varíe entre las provincias o entre la Nación y una provincia, aunque siempre deberán darse soluciones legales razonables ("López Rega", *Fallos*, 312:772). Paralelamente, la libertad de criterio de los jueces y la existencia de múltiples jurisdicciones habilita que una misma norma de derecho común (p.ej., el Código Civil), tenga interpretaciones diversas en diferentes lugares

del país ("Yozzi", *Fallos*, 221:636; "Ferreyra", *Fallos*, 248:835; "Meyer", *Fallos*, 265:301; "Rojas", *Fallos*, 286:312, etcétera).

Sin embargo, en "Verbitsky", la Corte Suprema, por mayoría, atendió la disimilitud existente entre la Nación y algunas provincias en materia de excarcelaciones y prisión preventiva, y advirtió que, "cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que no puede llevarse a cabo la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país; la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho de igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía... No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio" ("Verbitsky", *JA*, 2005-IV-312).

El tribunal concluyó que al haber disposiciones en el Código Penal, y teniendo el Congreso facultad para dictar las leyes sobre el juicio por jurados, todo ello "parece indicar que el Estado federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley".

Al respecto, cabe reconocer que, al sancionar un código de fondo (penal, civil, comercial, etc. –art. 75, inc. 22, Const. nacional–), el Congreso está también habilitado para pronunciar ciertas normas procesales íntimamente conectadas con dicho código común o de fondo (§ 742). Asimismo, es cierto que el plan original de la Constitución de 1853-1860 fue, en materia de jurados, disponer una ley nacional común para toda la República (todo ello según el mismo art. 75, inc. 22). Sin embargo, esa competencia federal cabe entenderla derogada por desuetudo, como hemos apuntado en el § 592.

En definitiva, sostener que en el país debe existir un común denominador básico, en materia de excarcelaciones y prisión preventiva, tiene su fundamento en el sentido de que hay compromisos internacionales relativos al tema y que rigen en todo el país.

También puede tenerlo en las sentencias de la Corte Suprema cuando, interpretando los "principios" de la Constitución nacional a lo que deben someterse las provincias, conforme a su art. 5°, los explicite o desenvuelva. Pero, fuera de tales terrenos, las provincias están habilitadas para instrumentar (satisfecho el principio de razonabilidad) el régimen procesal que prefieran.

d) *Tributos.* Este tema ya fue abordado al tratar las competencias fiscales del Estado federal (ver § 760). Puede añadirse aquí que la Corte indica, por ejemplo, que no vulnera el principio de igualdad que la ley ponga un impuesto sólo a determinado tipo de embarcaciones (las propulsadas a motor), porque eso parte de una razonable discriminación objetiva ("López Saavedra", *Fallos*, 311:1459), y lo mismo ocurre si se distingue a los contribuyentes en categorías que tributan distinto, según la valuación fiscal de los predios ("Acuña Hnos.", *Fallos*, 286:166), o si se suspende el curso de la prescripción respecto de determinados impuestos, y no en cuanto a los restantes ("Industria Textil Argentina", *Fallos*, 290: 77). Razones de tamaño, como la distinción entre propiedades mayores o menores de diez hectáreas para pagar un tributo ("Peña", *Fallos*, 239:493), de capacidad contributiva ("Váldez Mietjen", *Fallos*, 221:160), de bien común ("SA Ciriaco Morea", *Fallos*, 210: 172), pueden legitimar, por tanto, distintos grados de sujetos obligados al pago, que entonces tributarán más o menos, según los casos.

e) *Relaciones laborales.* Un principio común para la Corte es afirmar que la garantía de la igualdad no impone la legislación uniforme en materia laboral ("Sindicato Luz y Fuerza de Rafaela", *Fallos*, 290:356), aunque la diferente regulación de los contratos laborales está subordinada a que las distinciones o clasificaciones sean razonables y no estén inspiradas en propósito de hostilidad contra determinadas clases o personas ("Iglesias", *Fallos*, 295:585).

Sin afectar la garantía de igualdad, entonces, es factible legalmente programar distintas remuneraciones, según los convenios y actividades ("Suárez", *Fallos*, 270:429).

Pero, a su vez, la Corte puntualizó que una diferencia económica muy significativa (aproximadamente la quinta parte), entre la indemnización dada a la actora, auxiliar a bordo, y la que hubiera correspondido por igual infortunio a todo trabajador en general, no

encuentra justificativo alguno, sin que quepa inferir en la especie razones de bienestar general o motivos políticos, sociales y económicos que la expliquen, encontrándose lesionado, por tanto, el principio de igualdad ("Dardanelli de Cowper", *Fallos*, 306:1560).

f) *Sistemas previsionales.* Aquí la Corte indicó que no viola el derecho a la igualdad que la ley establezca diferentes plazos de prescripción para distintos tipos de deudas previsionales ("Diorio", *Fallos*, 307:582), o que determine aportes diversos, en graduación ascendente conforme a categorías y antigüedad ("Pedemonte", *Fallos*, 271:383), y, en general, la existencia de múltiples regímenes previsionales no idénticos entre sí, aunque el fundamento de sus distinciones sea opinable ("Camarotta", *Fallos*, 294:83, y "Tangari", *Fallos*, 300:194), siempre que no exista una discriminación irrazonable o propósitos persecutorios ("Maroñas", *Fallos*, 315:482).

g) *Ámbito civil.* Aquí se ha reputado a la indexación, como se recordará, un mecanismo indispensable para asegurar la igualdad de trato entre acreedor y deudor, ya que de lo contrario éste se beneficiaría pagando realmente menos, de haber inflación ("Pietranera", *Fallos*, 297:309; "Di Noia", *Fallos*, 300:544, etc.) y, curiosamente, que la prohibición de divorcio vincular, contenida otrora en la ley 2393, afectaba la libertad de las personas, privando a los divorciados del derecho a casarse ("Sejean", *Fallos*, 308:2268), derecho que, en cambio, tendrían los solteros.

En materia de alquileres, la jurisprudencia de la Corte no encontró lesión al derecho de igualdad si la ley trata de un modo más favorable a los solteros que viven solos ("Santin", *Fallos*, 274:59).

h) *Quiebras.* El trato preferencial dado a un bien destinado a vivienda, en un concurso, no importa para la Corte lesión a la igualdad, teniendo en cuenta otro postulado constitucional, como es el de acceso a una vivienda digna ("José Chanza y Cía.", *Fallos*, 304:684). Tampoco lo es exigir para la admisión del concurso preventivo la satisfacción de las deudas previsionales, según el art. 8°, inc. 11, de la derogada ley 19.551, atento al respeto del principio de seguridad social ("Gómez y otros", *Fallos*, 302:980), y no obstante que no se requiera el mismo recaudo respecto de otras deudas.

i) *Plazos procesales penales para recuperar la libertad.* La ley 24.390 estableció diversos términos para disponer la libertad de procesados que habiendo cumplido un lapso de detención en prisión preventiva, no hubiesen sido juzgados en forma definitiva ("presos sin condena"), todo ello como reglamentación del art. 7°, inc. 5, del Pacto de San José de Costa Rica. La ley 24.390, sin embargo, excluyó de sus beneficios a los sujetos vinculados con el tráfico internacional de estupefacientes, tratamiento diferencial que la Corte Suprema ("Alonso", *DJ*, 1996-1-1046) no juzgó inconstitucional ni violatorio del principio de igualdad ante la ley. El caso del tráfico de drogas justificó para la Corte una solución distinta a las demás.

j) *Igualdad política.* El Pacto de San José de Costa Rica especifica que todos los ciudadanos deben gozar del derecho a "tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país" (art. 23, inc. 1, *c*). Tratamos este punto en el § 1171, concerniente a los derechos políticos.

k) *Radiodifusión.* En "Asociación Mutual Carlos Mujica", consideró que la exclusión del régimen de concursos de licencias de radiodifusión a las asociaciones mutuales, importó una situación de irrazonable discriminación, frente a las otras sociedades comerciales habilitadas por la ley al respecto (*Fallos*, 326:3142).

l) *Deuda pública.* El distinto tratamiento de la deuda pública sometida a las leyes argentinas y a la de otros países no es inconstitucional si la diferencia normativa resulta razonable, apunta la Corte ("Galli", *Fallos*, 328:690).

m) *Otros ámbitos.* Nos remitimos al § 995, en materia de igualdad en el ejercicio del derecho de enseñar y aprender, y al § 968 en cuanto a la libertad de cultos. Sobre la igualdad en las amnistías, ver § 741; y en cuanto a igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, o entre argentinos nativos, por opción y naturalizados, ver § 395 y 403.

§ 1008. ***Regulación legal de la igualdad. Ley 23.592.*** – Esta norma, usualmente llamada *ley antidiscriminatoria*, ha reglamentado el principio constitucional de igualdad. Su art. 1° prescribe: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de

algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos". El art. 2° eleva los topes máximos penales para los delitos cometidos por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. El art. 3° incrimina a quienes participen en una organización o realicen propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, etnia o color, o que justifiquen o promuevan la discriminación racial o religiosa. También lo hace en cuanto a quienes, por cualquier medio, alentaren o incitaren a la persecución o al odio contra una persona o grupos, con motivo de raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

El tenor del art. 1° deja pendientes algunos interrogantes, en particular respecto de la distinción entre actos discriminatorios *arbitrarios* o *no arbitrarios*, que necesariamente tendrán que ser dilucidados por la judicatura.

Temas como el derecho de enseñar y el de asociarse, se vinculan así con la selección de alumnos y de afiliados según pautas religiosas o étnicas (p.ej., colegios confesionales, clubes de colectividades regionales o nacionales). También entra en juego el derecho de comerciar (p.ej., con respecto a la discriminación en la admisión de clientes a discotecas y confiterías). Esto último ha sido especificado por la reforma introducida por la ley 24.782, que complementa a la ley 23.592.

En materia de ejercicio del derecho a comerciar, no es irrazonable que la reglamentación del caso, si existe, exija el ingreso irrestricto a los negocios de acceso público. Tampoco sería irrazonable que esa reglamentación deje a cada uno vender o no vender sus productos, o permitir o no permitir el ingreso a quien desee, atento, precisamente, a la libertad de comerciar. Sin embargo, a partir de la ley 23.592, toda negativa a venta o ingreso debe ser

razonable (sensata, legítima, justificada). Negar por la negativa misma, en un establecimiento donde para acceder a él no es necesario ser socio, resulta hoy irrazonable. Negar por motivo de raza, sexo, religión, ideología, etc., es más irrazonable todavía, y choca con la ley indicada.

§ 1009. ***Discriminación inversa. Las "cuotas benignas".*** – En su afán de extinguir la llamada *discriminación perversa* (esto es, la discriminación intolerable que crea sectores o clases relegados), la doctrina de la *acción afirmativa* ha postulado políticas de *discriminación inversa*, esto es, de protección a las minorías discriminadas.

Una de esas vías de tutela ha consistido en la instrumentación de cuotas o cupos *benignos*, en el ámbito de la educación, la vivienda y el empleo. Conforme a tal esquema, por ejemplo, un porcentaje determinado de asientos escolares debe estar asignado (como mínimo) a personas provenientes del grupo o clase tradicionalmente relegado.

Desde tales perspectivas, la discriminación inversa parece hallar eventualmente justificación: para lograr una suerte de reparación histórica a centurias de intencionada y perniciosa discriminación contra ciertos grupos, y como herramienta de construcción de una sociedad más justa e integrada. Sólo así puede alcanzar una legitimidad que siempre resultará polémica, ya que inevitablemente acarrea la injusticia de tratar, también desigualitariamente, a algunos de los actuales herederos de los sectores o los grupos otrora explotadores.

La reforma constitucional de 1994 ha admitido la existencia de acciones positivas, según se anticipó, en los arts. 37 y 75, inc. 23.

B) Disposiciones constitucionales específicas

§ 1010. ***Esclavitud.*** – El art. 15 de la Const. nacional proclama: "En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República".

Ya en 1813, la Asamblea General Constituyente sancionó la "libertad de vientres", por la cual se reputó libres a todos los nacidos en las Provincias Unidas del Río de la Plata desde el 31 de enero de ese año. Por tanto, los esclavos existentes al ser dictada la Constitución de 1853 no eran muchos.

Cabe aclarar que la ley de indemnizaciones a que refiere el art. 15 no fue dictada nunca, tal vez ante la inexistencia de pretensiones de resarcimiento por la libertad de los esclavos todavía existentes en 1853. De todos modos, implica un interesante caso de responsabilidad del Estado por actos (lícitos) constituyentes (Linares Quintana).

El Pacto de San José de Costa Rica añade: "Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas" (art. 6°, inc. 1).

§ 1011. ***Títulos de nobleza.*** – El art. 16, parte 1ª, de la Const. nacional señala: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza". En 1813, la Asamblea General Constituyente extinguió los títulos de condes, marqueses y barones (21 de marzo) y prohibió el uso en lugares públicos de los escudos de armas, jeroglíficos y distinciones de nobleza "que digan relación a señaladas familias, que por este medio aspiran a singularizarse de los demás".

Según el derecho consuetudinario constitucional, la afirmación del art. 15 de la Const. nacional, en el sentido de que *no hay* en la República títulos de nobleza, debe entenderse como que ni la Nación ni las provincias, *expiden* tales títulos. Pero su uso está permitido por una práctica inveterada.

§ 1012. ***Fueros personales.*** – El art. 16 de la Const. nacional prohíbe los *fueros personales*. En su momento constituían vestigios de la estructura feudal y corporativa, inadmisibles en un

8° de la ley nacional 21.274 ("Epelbaum", *Fallos*, 301:562, y "Mugnani", *Fallos*, 302:664).

c) *Cláusulas constitucionales de idoneidad.* En ciertos casos, es la misma Constitución la que disciplina los requisitos para acceder a un cargo, por ejemplo, cuando regula las condiciones para ser diputado (art. 48), senador (art. 55), presidente de la Nación (art. 89, extensivo al vicepresidente) y miembro de la Corte Suprema de Justicia (art. 111).

La duda es si por vía de ley es posible aumentar tales calificaciones. Parte de la doctrina, apoyándose en lo afirmado por la Corte Suprema ("Alejandro Bianchi", *Fallos*, 248:398), responde negativamente, sosteniendo que si la propia Constitución ha disciplinado el tema, mal podría en estos casos el legislador ponerse más exigente que ella (Bidart Campos). Sin embargo, cabe sostener que si el legislador regula el recaudo constitucional de idoneidad (art. 16), conforme a pautas razonables, no incompatibles con el marco republicano de la Constitución, conforme a criterios no discriminatorios, esa regulación puede apuntalar el principio de la idoneidad, mejorando y actualizando el mensaje constitucional (ver § 450).

d) *Idoneidad e intimidad. Sida.* En el llamado "B., R. E." (*JA*, 1997-IV-329, "caso del subcomisario"), la Corte afirmó que en función de un interés superior al individual, no violenta al principio constitucional de privacidad la realización del examen Western-Blot, de modo obligatorio, para detectar la presencia del virus del sida en un oficial de la Policía Federal, aun sin su consentimiento; y que ello no afectaba tampoco la ley 23.798.

Indicó también que poseer una buena salud física era un recaudo razonable de idoneidad para desempeñarse en la fuerza policial, a cuyas reglas se había sometido voluntariamente el agente al ingresar a ella.

§ 1014. ***Igualdad ante las cargas públicas.*** – El art. 16 de la Const. nacional, en su parte final, incluye otro precepto. La igualdad es la base "de las cargas públicas". El concepto de *carga pública* será analizado en los § 1198 y 1199.

En el ámbito del derecho administrativo, el principio de igualdad *de* y *en* las cargas ha sido ensayado respecto de la necesidad

de compensar, por parte del Estado, los mayores costos aparecidos en los contratos administrativos que éste celebra con los particulares para concluir una obra pública, siempre que ellos, perturben gravemente el equilibrio financiero del contrato, resulten extraños a la voluntad de las partes, etcétera. En tales casos, se argumenta, si no se autoriza la compensación al contratista, la obra pública estaría beneficiando a la comunidad, pero sería dicho contratista quien estaría soportando, desigualitariamente, la mayor parte de la *carga pública* que implica afrontar la obra por la sociedad (Granillo Ocampo).

Por lo demás, la Corte Suprema ha señalado que la indemnización al propietario ante una expropiación es consecuencia precisamente del principio de igualdad en las cargas públicas ("Dirección Nacional de Vialidad", *Fallos*, 303:1596), ya que al pasarse el dominio a la comunidad, todos deben contribuir a ello (p.ej., con impuestos), y no solamente el expropiado.

§ 1015. ***Discriminación sexual. Antecedentes.*** – En "Emilia Mayor Salinas", la Corte había legitimado "la situación de incapacidad de la mujer para el desempeño de la función cívica del sufragio", argumentando que el Congreso, al no habilitarla para los comicios, había actuado discrecionalmente en función "de los intereses generales de índole social y política" (*Fallos*, 147:282).

Es evidente que esta doctrina de la Corte respondió a pautas culturales inexistentes en la actualidad. Desde el punto de vista político, la ley 13.010 reconoció (en 1947) los derechos electorales de la mujer.

Desde el ángulo normativo, cabe reiterar que el art. 75, inc. 22, dio rango constitucional a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 1979), y que la ley 24.632 aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

§ 1016. ***Ley 24.012 de cupos femeninos.*** – Esta norma, complementada por el decr. regl. 379/93, modificó el Código Electoral Nacional, estableciendo en su art. 1° un porcentaje mínimo del 30% de mujeres en las listas que los partidos deben presentar en

los comicios. Implementó, pues, una "acción positiva" en favor del sexo femenino.

La norma en cuestión dispone que "las listas que se presenten [por los partidos políticos] deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electos. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos". Se refiere, pues, a las candidaturas llamadas "expectables" (con seria probabilidad de triunfar en la elección).

La constitucionalidad de este precepto fue un tema discutible antes de la reforma de 1994. Las pautas jurisprudenciales para legitimar una discriminación inversa, según la jurisprudencia estadounidense, son, según se apuntó, reparar una discriminación histórica y evitar una discriminación perversa de tipo encubierto, o de facto, irreprimible –según la experiencia– con una mera declaración de igualdad de trato (ver § 1009). La discriminación inversa es una suerte de antidiscriminación inevitable si no es por medio, precisamente, de las *cuotas benignas*.

En concreto, cabía preguntarse si en los partidos políticos argentinos ha existido una discriminación sexual antifemenina grave y múltiple, que de hecho haya actuado, pese a las reglas de antidiscriminación sexual de la ley 23.592 (ver § 1008).

Después de la reforma de 1994, el debate queda prácticamente agotado. El nuevo art. 37 implantó, según vimos, el principio de igualdad *real* de oportunidades para hombres y mujeres en el acceso a cargos electivos y partidarios, asegurándolo mediante "acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral". Más todavía, la disposición transitoria segunda indicó que esas acciones positivas "no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución [alude al texto de 1994] y durarán lo que la ley determine". La ley 24.012, por ende, queda (en lo que atañe a la fijación de los cupos) *constitucionalizada*. El cupo femenino futuro podrá ampliarse, pero no restringirse (ver informe del despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 4367, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 6032).

§ 1017. ***Otras acciones positivas en favor de la mujer.*** – Cabe recordar que el art. 75, inc. 23, contempla medidas de acción positiva en pro de la igualdad real de oportunidades y de trato, así como del pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la propia Constitución o por tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en favor de las mujeres.

Debe advertirse que esas acciones positivas –cuya instrumentación concreta queda a criterio del legislador– no se reducen a la tutela de los derechos emergentes de los pactos, convenciones o declaraciones que tienen rango constitucional según el art. 75, inc. 22, sino que aluden, genéricamente, a los derechos humanos provenientes de cualquier tratado.

El art. 75, inc. 23, añade una tutela especial para "la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia". La norma da sustento a la admisión del aborto terapéutico (cuando entren en conflicto la vida de la madre y la del *nasciturus*), alternativa que en algunos países, p.ej., Chile, ha provocado una discusión sobre su constitucionalidad.

§ 1018. ***Homosexualidad y transexualismo.*** – ¿Es constitucional negar a homosexuales el acceso o la permanencia a ciertos cargos, o el ejercicio de determinados derechos?

En "Comunidad Homosexual Argentina", la Cámara Nacional Civil, Sala I, siguiendo un dictamen de la Academia Nacional de Medicina, reputó la homosexualidad no como una enfermedad, sino como una desviación del instinto sexual normal, desvalioso para la moral pública argentina, según los criterios éticos y las costumbres aquí imperantes, sin perjuicio de que se advierta una mayor comprensión, tolerancia o respeto hacia las personas homosexuales (*DJ*, 1990-2-721). La Corte Suprema reputó razonable tal criterio, estimándolo no arbitrario (*LL*, 1991-E-679).

Aunque la doctrina precedente sirvió para negar personería a la Comunidad Homosexual Argentina, reputándola asociación no útil por no contribuir al bien común (ver § 986), la pregunta, en este sector de los derechos personales, es si de ella pueden extraerse criterios para establecer discriminaciones hacia los homosexuales, o para no impedir que particulares realicen actos discriminatorios hacia ellos (p.ej., no designándolos en cargos docentes, no admitiéndolos en colegios o universidades privadas). En el ámbito militar, la polémica ha sido acentuada, en particular sobre si es constitucional excluirlos de las fuerzas armadas.

Por lo demás, los últimos años registran una mayor aceptación social de la homosexualidad, retratada, por ejemplo, en la admisión legislativa, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de "uniones civiles" entre parejas del mismo sexo, con significativas proyecciones en cuanto a bienes y acceso a servicios previsionales. Unos pocos países han adoptado el matrimonio homosexual (v.gr. Bélgica, España, Holanda, Canadá), y la misma Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en "Lawerence v. Texas", abandonó en 2003 el precedente de "Bowers", y declaró inconstitucional una ley de ese Estado, que reprimía penalmente relaciones homosexuales, por más que fueran practicadas por adultos, en privacidad y con total libre consentimiento. La mayoría de la Corte dio a entender que el ámbito de la intimidad tenía una especie de blindaje respecto de la moral pública, y que ésta no tenía relevancia como para castigar a homosexuales por su mera condición de tales. Sin embargo, aun en "Lawrence v. Texas", la mayoría del tribunal no se expidió en el sentido de si la Constitución estadounidense garantizaba como derecho fundamental la condición de ser homosexual.

El art. 1º, parte 2ª, de la ley contra las discriminaciones 23.592, parece provocar la misma conclusión, al reprimir genéricamente las discriminaciones por motivos de sexo.

Tanto o más problemático que el caso anterior ha sido el de los transexuales. Varios tribunales estadounidenses han sostenido que la prohibición de discriminar según el sexo, contenida en la ley de derechos civiles, no los protege ("Voyles v. Davies Medical Center"), y que un hombre que cambia de sexo quirúrgicamente no puede alegar esa mutación, para eximirse de mantener a su ex esposa (Corwin). El tema se encuentra evidentemente en pleno debate y transición. En principio, el texto de la ley 23.592 no facilitaría la exclusión de un transexual, como tal, de los sujetos aludidos por su art. 1º *in fine* (ver § 1008).

Nos remitimos, por lo demás, al § 986, y el § 1105, sobre el matrimonio homosexual.

§ 1019. ***Situación constitucional del indígena.*** – La Asamblea General Constituyente del año XIII abolió ciertos institutos del período hispánico (mita, encomiendas, yanaconazgos y servicios personales) lesivos de la autonomía y de la paridad de trato legal con los aborígenes. Dispuso además que "se tenga a los

mencionados indios de todas las Provincias Unidas por hombres perfectamente libres, y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos que las pueblan".

En su anterior art. 67, inc. 15, la Const. nacional confería al Congreso el "conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo".

La reforma constitucional de 1994 derogó aquel precepto y lo sustituyó por otro (art. 75, inc. 17), con un contenido jurídico y un mensaje político reivindicativo de los aborígenes, por cierto bien distinto al anterior. La nueva cláusula, aprobada por unanimidad en la Convención Constituyente ("Diario de Sesiones", p. 4067, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5869), careció lamentablemente de un debate que aclarara algunos de los puntos oscuros que contiene.

En concreto, el nuevo precepto, situado entre las competencias del Congreso, importa en verdad una suerte de "contrabando normativo" del constituyente, ya que alude a puntos concernientes a la Primera Parte (declaraciones, derechos y garantías) de la Constitución, y establece las siguientes pautas para las políticas legislativas federales.

a) *Preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.* Se trata de un enunciado de tipo histórico, más propio del Preámbulo de la Constitución que de una norma referida a las atribuciones del órgano legislativo. De todos modos, cumple, como escribe Bidart Campos, un papel simbólico y de reparación histórica hacia comunidades habitualmente marginadas y pospuestas.

b) *Respeto a su identidad.* Se trata de un derecho *grupal* o *colectivo* de los pueblos indígenas. Ello involucra la tutela de su idiosincrasia, idiomas, religiones y costumbres. Afortunadamente, la Convención Constituyente no aceptó la propuesta de la ley de convocatoria 24.309, de "garantizar la identidad *étnica*" de los aborígenes, norma que, de interpretarse literalmente, parecía justificar políticas de purificación racial y de interdicción de matrimonios multiétnicos.

c) *Derecho a una educación bilingüe e intercultural.* Es una directriz complementaria de la anterior. La ley de educación nacional 26.206 coincide con este precepto (art. 11, inc. *ñ*).

d) *Personería jurídica de las comunidades indígenas.* La Constitución estadounidense, en su art. I, secc. 8ª, consideró a las tribus indígenas como sujetos con aptitud para celebrar convenios con el Estado. En cambio, en el texto de la Constitución argentina de 1853-1860 no había tal reconocimiento de personería jurídica, materia que se delegaba a la legislación infraconstitucional (CSJN, "Guari", *Fallos*, 155:302).

La reforma de 1994 cambia este panorama, y por voluntad del constituyente, las comunidades aborígenes son ahora personas jurídicas, con independencia de lo que al respecto diga el Código Civil. A falta de reglamentación legal, esto obliga a recurrir al derecho consuetudinario para definir la afiliación a tales asociaciones y sus autoridades.

e) *Posesión y propiedad comunitarias de las tierras que ocupan tradicionalmente.* También por explícita decisión del constituyente, las comunidades de referencia pasan a ser propietarias y poseedoras de las tierras que *tradicionalmente ocupan.* Por ende, aunque esa ocupación no haya sido *animus domini*, siempre que fuere durante un tiempo muy extenso, casi inmemorial (el apto para configurar una situación de "tradición", y que por ende debe superar con creces una posesión veinteañal o treintañal), nace para ellas, y con prescindencia de las reglas civilistas, un título de dominio.

Las tierras "que tradicionalmente ocupan" pueden estar en la esfera del dominio nacional (cosa rara, habiéndose desprendido la Nación de los territorios nacionales, aunque podría tratarse de zonas situadas, p.ej., en los parques nacionales), provincial o privado. En cualquiera de estas dos últimas hipótesis surge el interrogante de si la transferencia de dominio que puede provocar el art. 75, inc. 17, genera o no a los damnificados (p.ej., terceros propietarios formales de un lugar ocupado por indios), el derecho a resarcimiento.

Sin embargo, teniendo el derecho de propiedad garantía también transnacional (p.ej., art. 21, inc. 2, del Pacto de San José de Costa Rica), subsiste la obligación argentina a una justa indemnización.

En "Comunidad Wichi", la Corte Suprema ha atendido un caso de expropiación para instaurar una propiedad comunitaria de aborígenes (Fallos, 326:3258).

f) *Entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano.* Continuando con su ambigüedad semántica, el nuevo texto contempla la "entrega" (expresión que no concreta la fuente jurídica de esta traslación: ¿compraventa, donación, comodato, locación?) de otras tierras (aparte, entonces, de las tradicionalmente ocupadas) para el pleno desarrollo de las mismas comunidades.

g) *Participación de los indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.* La redacción, igualmente difusa, no aclara cuáles son "sus" (los) recursos naturales *de* los indígenas. Además, el derecho que se les confiere de participar "en la gestión" de sus recursos e intereses, peca también de imprecisión, por cierto excesiva. Tampoco determina la norma el modo mínimo de participar en tal "gestión".

h) *Propiedad comunitaria.* El art. 75, inc. 19, declara inenajenable, intransmisible e insusceptible de gravámenes o embargos el dominio colectivo de los pueblos indígenas. Se trata de un nuevo tipo de propiedad, no contemplado por el Código Civil, prima facie tuitivo de los indígenas –previstos como grupos–, y que hace recordar al sistema de las "manos muertas" que el Código Civil intentó superar. De todos modos, es urgente que la legislación civilista regule este instituto.

La nueva norma constitucional alerta que "las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones" (art. 75, inc. 17). La regla significa una *habilitación* constitucional federal para las provincias, y no un deber para ellas, a fin de sancionar normas parecidas en sus respectivos ámbitos. Varias constituciones locales han tratado el tema, por ejemplo, la de Río Negro (art. 42).

La ley 24.071 aprobó el convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en favor de los pueblos indígenas, que tutela su integridad e igualdad de trato (art. 2°), propiedad sobre la tierra que ocupan tradicionalmente (art. 14), reconocimiento a sus costumbres y derecho consuetudinario (art. 8°), etcétera.

§ 1020. ***Acciones positivas para niños, mujeres, ancianos y discapacitados.*** – El nuevo art. 75, inc. 23, de la Const. nacional obliga al Congreso a *legislar* y *promover* "medidas de acción positiva" que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos enunciados por la Consti-

tución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, "en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

Respecto de los niños nos remitimos al § 1113, y en cuanto a las mujeres, al § 1015 y siguientes.

Con relación a los ancianos y discapacitados, los miembros informantes del despacho mayoritario no aclararon mayormente el tema ("Diario de Sesiones", p. 4595 y ss., *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, 6153 y siguientes). El texto constitucional propicia normas protectoras de las personas mayores y de los individuos con problemas de capacidad, mediante mecanismos de "discriminación inversa" en favor de ellos. En otras palabras, se constitucionalizan actos de desigualdad en pro de personas que requieren un apoyo estatal mayor que el brindado a sujetos con plenas aptitudes psicofísicas.

En esta materia, la ley 22.431 instrumentó el "sistema de protección integral de las personas discapacitadas", con normas especiales sobre salud, asistencia social, trabajo, educación, transporte y arquitectura diferenciada.

Sobre esto último, la ley 24.314, modificatoria de la anterior, obliga a suprimir las barreras físicas en los ámbitos urbanos, arquitectónicos y del transporte, con el fin de lograr el acceso de las personas con movilidad reducida (art. 20), precepto que ha dado lugar a acciones de amparo para su concreción y puesta en práctica. A su vez, la ley 24.657 ha creado el Consejo Federal de la Discapacidad.

§ 1021. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con la igualdad.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Preámbulo, arts. II y XII), Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo, arts. 1°, 2°, 4°, 7°, 10, 16, 21, 23, 25 y 26), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Culturales (Preámbulo, arts. 2°, 3° y 7°), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Preámbulo, arts. 2° a 4°, 8°, 20, 23, 24, 26 y 27), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 1° a 7°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 1°, 8°, 13, 17, 23, 24 y 27), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 1° a 16), Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 1°) y Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 30 y 31).

CAPÍTULO XXXI

DERECHOS ECONÓMICO-SOCIALES

A) DERECHO DE PROPIEDAD EN GENERAL

§ 1022. *INTRODUCCIÓN. DISPOSICIONES NORMATIVAS.* – El art. 14 de la Const. nacional declara que todos los habitantes tienen el derecho de "usar y disponer de su propiedad". El art. 17, complementándolo, expresa: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada"; más adelante agrega: "Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie". El art. 20, con referencia a los extranjeros, les reconoce el derecho a "poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos".

En definitiva, la Constitución prevé aquí lo siguiente: *a*) *proclama* un derecho genérico a la propiedad, reputándolo *inviolable*, que incluye la facultad de disfrutarla y transmitirla discrecionalmente; *b*) *determina* una subespecie de la propiedad, la intelectual, considerándola transitoria; *c*) *reconoce* un tipo particular del sujeto de derecho de propiedad (el extranjero); *d*) *autoriza* la conclusión del derecho de propiedad por parte del Estado, mediante la expropiación, y *e*) *formula prohibiciones*: no están permitidas

las confiscaciones ni tampoco las requisiciones por los cuerpos armados.

Al respecto, el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 21, inc. 1, declara: "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social"; y el inc. 2 determina: "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".

§ 1023. ***Perfil ideológico de la propiedad.*** – El concepto y contenido que se dé al derecho de propiedad es decisivo, ya que en torno a ellos gira la gran disputa ideológica de los siglos XIX y XX. En la Constitución, como se sabe (ver § 272), caben tres posibles interpretaciones ideológicas de la propiedad.

a) *Lectura individualista-liberal.* Privilegia la idea de la propiedad *como derecho del propietario* titular de cada bien. Hay una *ley natural* que hace a cada productor dueño de su utilidad o provecho: "La distribución de la riqueza se opera por sí sola, tanto más equitativamente cuanto menos se injiera el Estado en imponerle reglas". Pueden justificarse restricciones a la libertad política, pero no a la libertad económica (Alberdi). El mismo autor añade que "la economía política más adelantada y perfeccionada no podría exigir garantías más completas en favor de la propiedad, como principio elemental de la riqueza", que las enunciadas en la Constitución. Ésta, en concreto, "ha echado un cerrojo de fierro (sic) a los avances del socialismo".

b) *Lectura cristiana.* Desde este otro techo ideológico de la Constitución, la propiedad privada es también un derecho natural (incluso, aunque bajo ciertas condiciones, en cuanto a los bienes de producción), pero no es concebible sin unos *deberes* con miras al bien común (ver Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, nº 69). Por tanto, está subordinada al principio superior del "destino universal de los bienes", es decir, que los bienes muebles e inmuebles están originariamente destinados a todos (Santo Tomás de Aquino). Cualquier propiedad (privada o estatal) está gravada con una *hipoteca social*, por lo cual debe cumplir una *función social* (Juan Pablo II); todo hombre, al usar sus bienes, no debe considerar las

cosas exteriores que legítimamente posee solamente como propias, sino también como comunes, en el sentido de que no aprovechen exclusivamente a él, sino además a otros... la inversión de bienes, por su parte, debe tender a procurar fuentes de trabajo y réditos suficientes a la comunidad presente y futura (cfr., Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, nº 69 y 70).

c) *Lectura del Estado social de derecho.* La tercera dimensión del techo ideológico constitucional argentino, plasmado en la constituyente de 1957, se basó en la idea de *justicia social para todos* (miembro informante, convencional Jaureguiberry) y de *la unidad de lo económico con lo social*, al par que adoptó las ideas fuerza del *constitucionalismo social* (ver "Diario de Sesiones", p. 1219 y siguientes). Para éste, por ejemplo, "la propiedad obliga [y] su uso deberá servir, al mismo tiempo, al bien común" (Const. de Alemania, art. 14, 2). La Constitución italiana (art. 42) reconoce y garantiza a la propiedad privada, pero la ley "determinará sus modalidades de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos".

El segmento ideológico del Estado social de derecho ha sido reforzado por la reforma de 1994 (ver § 272).

§ 1024. ***El problema en la Constitución de 1949.*** – Es interesante apuntar que durante la vigencia de la Constitución de 1949, ésta aceptó explícitamente el principio de función social de la propiedad (art. 38). En tal oportunidad, la Corte Suprema advirtió que en ese esquema la propiedad no *era* una función social, sino que *cumplía* con una función social, de tal modo que continuaba siendo un derecho personal, y se podía usar y disponer de ella, aunque estaba sometida a las exigencias del bien común ("Caillard de O'Neil", *Fallos*, 234:384). Con anterioridad, había puntualizado que el ejercicio del derecho de propiedad no debía obstar al bien común, fundamento de todo derecho individual y superior a éste ("Castellano", *Fallos*, 208:304).

§ 1025. ***Recapitulación.*** – Volviendo a la Constitución de 1853-1860, una razonable y prudente efectivización de la doctrina de la función social de la propiedad (en el sentido mínimo de que

ésta no puede ser utilizada perjudicando a la sociedad, y que también debe ser empleada con fines útiles para la misma sociedad) legitima, en rigor de verdad, la admisión y la operatividad del derecho de propiedad. Los dos últimos techos ideológicos mencionados (el cristiano y el del constitucionalismo social) y, asimismo, una versión actualizada del tramo liberal de la Constitución (p.ej., en la versión del *neoliberalismo organizado*, que no se opone a la función social del dominio; ver § 6) enseñan que *esa idea de función social del dominio rige también dentro del actual contexto de la Constitución de 1853-1860*. Así lo indica la Corte Suprema en "Acuña Hnos.", *Fallos*, 286:166, y "Brunella", *Fallos*, 289:67.

§ 1026. ***Concepto genérico del derecho de propiedad. Su renuncia.*** – Un estándar reiterado por la Corte Suprema es que el término "propiedad", empleado en los arts. 14 y 17 de la Const. nacional, ampara todo el patrimonio, incluyendo los derechos reales y 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 ("Ventura", *Fallos*, 294:152; "Industria Mecánica SAIC", *Fallos*, 304:856, etcétera).

Aun así, la Corte mantiene una jurisprudencia tradicional, en el sentido de que la garantía constitucional al derecho de propiedad es renunciable por los particulares, de manera expresa o tácita, y que ello sucede cuando el interesado realiza actos que, según sus propias manifestaciones o el significado que quepa atribuir a su conducta, importan el acatamiento de los preceptos o actos que se impugnan como contrarios a aquellas garantías ("Ardissone", *Fallos*, 255:216; "Palomeque", *Fallos*, 290:216; "Sánchez", *Fallos*, 307:354, etcétera).

§ 1027. ***Especificaciones del derecho constitucional de propiedad.*** – La jurisprudencia de la Corte Suprema ha elaborado un catálogo de situaciones captadas por el concepto constitucional de propiedad, además de lo que al respecto dice el Código Civil en cuanto el dominio y sus figuras próximas.

a) *Derechos derivados de los contratos.* Viola la garantía constitucional de la propiedad si se priva al propietario, que había

cumplido con la entrega de lo acordado, de la parte del precio que tiene derecho a exigir conforme a lo libremente pactado con el Estado ("Turjansky", *Fallos*, 304:586).

b) *Derechos derivados de sentencias firmes.* La *sentencia definitiva* con *fuerza de cosa juzgada* es equiparable a la propiedad y no así el reclamo fundado en meros derechos litigiosos ("Rotenberg", *Fallos*, 304:865).

La Corte enseña que las razones de seguridad jurídica que exigen dar alcurnia constitucional al principio de estabilidad de las decisiones judiciales, deben entenderse referidas a la *inmutabilidad* de los fallos en lo *sustancial*, antes que en su fijeza en lo formal ("Casas", *Fallos*, 304:521). Con el fin de salvaguardar la *solución real* de una sentencia, la Corte reputó constitucional la ley 21.297, que imponía un régimen indexatorio de modo inmediato, pese a que la sentencia no lo había dispuesto, ya que la actualización monetaria salvaba el crédito realmente adeudado ("Cepeda", *Fallos*, 298:586).

Por ello, la Corte ha justificado también la posibilidad de que los jueces corrijan, en un fallo firme, los errores puramente numéricos que pudiese contener la sentencia ("Giaccaglia", *Fallos*, 284:402).

Como dato curioso, cabe observar que la Corte ha sostenido que el derecho de propiedad emergente de un fallo con vigor de cosa juzgada material puede ser renunciado por las partes, de tal modo que si un fallo admite la excepción de cosa juzgada, cabe revocarlo (en cuestiones patrimoniales) si el Estado había renunciado por convenio a oponer esa defensa y admitido que se sometiera a revisión judicial una cuestión resuelta anteriormente ("Bemberg", *Fallos*, 281:421). Tal tesis no se compatibiliza con el argumento del orden público involucrado en la existencia de cosa juzgada ("Ellemberger", *Fallos*, 247:109; "Ferrari Hardoy", *Fallos*, 307:1289, etcétera). Ver, también, § 611, 612 y 1136.

c) *Derechos derivados de convenios colectivos.* Conviene advertir, eso sí, que se trata de los derechos otorgados por la convención colectiva durante su lapso de vigencia, que pueden ahora ser modificados para el futuro por otro convenio posterior, o incluso por ley ("Ghiggi Galizzi", *Fallos*, 304:1374; ver § 1080).

d) *Derechos no discutidos.* Así, un fallo judicial que exceda lo que ha sido objeto de litigio entre las partes, desconociendo o acordando derechos no debatidos, es incompatible con el derecho al debido proceso y el de propiedad ("Bromaq SA", *Fallos*, 306:1159).

e) *Salarios.* Ellos están igualmente tutelados por la prescripción constitucional de la propiedad, desde que fueron devengados ("Bernalesa SA", *Fallos*, 307:398, y "Lonalino SA", *Fallos*, 307: 857); por ejemplo, desde que se prestó el servicio ("Boccalandro", *Fallos*, 270:184).

f) *Beneficios previsionales.* Ha dicho la Corte que los beneficios jubilatorios legítimamente otorgados están protegidos por la garantía constitucional de la propiedad, de tal modo que la revocación de una jubilación concedida viola el art. 17 de la Const. nacional ("de San Agustín", *Fallos*, 295:272).

g) *Derechos adquiridos.* El contenido del derecho constitucional de propiedad se vincula a menudo con la idea de *derechos adquiridos*, o sea, de derechos (de diversa fuente –ley, decreto, resolución, etc.– y materia) *definitivamente incorporados al patrimonio de una persona* ("Villacampa", *Fallos*, 312:122).

Lo contrario a *derecho adquirido* es *derecho en expectativa*, y la diferencia concreta entre uno y otro es que mientras el primero no puede ser alterado por un nuevo régimen legal, el segundo sí.

En palabras de la Corte Suprema, cuando bajo la vigencia de una ley un particular ha cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales y requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho, debe tenérselo por adquirido ("Amigo", *Fallos*, 328:1381), y es inadmisible su suspensión por una ley posterior sin agraviar el derecho constitucional de propiedad; por ejemplo, si se acogió a un régimen en término, una ley nueva no puede desconocerle los derechos de aquél ("Cuaradeghini", *Fallos*, 296:737).

Una variante de la doctrina que citamos es la del "efecto liberatorio del pago": el derecho adquirido mediante el pago hecho con sujeción a todo lo que en orden a su forma y a su sustancia impongan las leyes, es inalterable y se funda en la garantía constitucional de la propiedad, que ampara los actos regularmente concluidos ("SRL Estancia Sangara", *Fallos*, 299:379; "Loma Negra SA", *Fallos*, 303:1877, etcétera).

En cambio, si el particular potencialmente beneficiado por una ley no ejercitó en su momento el beneficio que ésta le otorgaba, una nueva ley puede sustraérselo por no existir, en tal caso, "derecho definitivamente incorporado al patrimonio" ("Santina", *Fallos*, 300:61, y "Villacampa", *Fallos*, 312:122).

Es criterio general de la Corte que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones ("Bco. del Chaco", *Fallos*, 311:1880), por lo cual el régimen jurídico que regula determinados hechos puede cambiarse, incluso con efectos retroactivos (puesto que el principio de irretroactividad no tiene jerarquía constitucional), pero siempre que no medie vulneración de los derechos adquiridos, definitivamente incorporados al patrimonio de la persona a la que se pretende aplicar la nueva ley ("Estévez", *Fallos*, 251:78).

h) *Derecho a la reparación.* La obligación de indemnizar la lesión inferida a una persona ha tenido andamiaje en el art. 17 de la Const. nacional ("Motor Once", *Fallos*, 310:943), aun derivándose el daño de actividad lícita del Estado. En "Santa Coloma" (*Fallos*, 308:1160), la Corte Suprema derivó tal derecho a la reparación del valor justicia y del principio *alterum non lædere*, o de no dañar al prójimo (art. 19, Const. nacional). En "P., F. F. c/Ferrocarriles Argentinos", el alto tribunal añadió que el principio constitucional de la reparación debe ser integral, basándose en que todo daño debe ser resarcido (*LL*, 1995-E-17). Ver, sobre indemnizaciones laborales, § 1061.

§ 1028. ***Problemática constitucional de la indexación y de la desindexación.*** – Aun a falta de ley o decreto sobre el tema, la jurisprudencia argentina instrumentó reglas de actualización monetaria, basada en los principios constitucionales de *igualdad* (que exige mantener la paridad de trato entre acreedor y deudor: que nadie se beneficie ni perjudique por el proceso inflacionario; "Vieites", *Fallos*, 306:1664; "Montenegro", *Fallos*, 307:753, y "Rey", *ED*, 142-279), de *justicia* (ya que pagar sin ajuste implicaba pagar con moneda depreciada; "Vialco SA", *Fallos*, 303:1760, y "Argüello", *Fallos*, 305:1433) y, en particular, del derecho de *propiedad*, que

es el más implicado, y que demanda que el acreedor mantenga incólume su patrimonio y reciba el día del pago su valor *real*, y no meramente el nominal ("Roberto Yablonka SA", *Fallos*, 304:792; "Aerofalcón SRL", *Fallos*, 307:1302, y "Cukierman", *Fallos*, 307: 1264). Paralelamente, la Corte dijo que la indexación no tornaba más gravosa la deuda para el obligado a satisfacerla, sino que la mantenía sustancialmente igual, traducida a la cifra de dinero pertinente ("Kundt Cortez", *Fallos*, 307:1178).

La ley de convertibilidad 23.928 prohibió, sin embargo, las indexaciones (arts. 7°, 8° y 13), sobre cuya constitucionalidad se pronunció la Corte Suprema en "YPF c/Prov. de Corrientes" (*LL*, 1992-B-216); "López c/La Patagonia" (*LL*, 1992-E-48), y "Entidad Binacional Yaciretá" (*LL*, 1992-E-167).

Para el tribunal, en el caso "YPF c/Prov. de Mendoza", citado, la indexación no es un imperativo constitucional, sino un producto de la praxis jurisprudencial, y después de las leyes de actualización monetaria, que el Congreso, autorizado por la Constitución para fijar el valor de la moneda (art. 75, inc. 11, Const. nacional; ver § 794), bien puede entonces prohibir, dentro de una política de contención inflacionaria, al operar la indexación como factor de retroalimentación de la inflación.

En este sentido, cabe igualmente distinguir entre *créditos resguardables* y *no resguardables*. Un acreedor que vende un bien suyo, o quien presta dinero, puede recurrir a fijar precios diferenciales entre venta al contado o venta a plazos, o establecer intereses, todo ello en función de una inflación predecible, por ejemplo, según los anticipos oficiales. En tal caso, puede protegerse de la *veda indexatoria* de la ley 23.928, y, por tanto, no sería fácil para él alegar su inconstitucionalidad, al haber medios para evitar el perjuicio que ella causa. El acreedor de un crédito *no resguardable* (el trabajador por su salario o el dañado en un accidente de tránsito), en cambio, es inevitablemente víctima de la prohibición de indexar.

§ 1029. ***Pesificación.*** – Con motivo del abandono del régimen de convertibilidad monetaria, distintas normas (v.gr., ley de emergencia 25.561 y decr. 412/02), instrumentaron un régimen de devolución de depósitos bancarios pactados en dólares, pero en pesos argentinos, aunque no al cambio libre de cotización, sino

a uno legalmente previsto de un peso con cuarenta centavos por cada dólar, con más un "coeficiente de estabilización de referencia" (CER), e intereses.

En "Massa", la Corte Suprema, por mayoría, aceptó la constitucionalidad de tal sistema adoptado, dijo, en medio de una crisis económica nunca vista, por entender que el monto final de devolución en pesos, con un interés fijado por ella en el 4% anual, no causaba perjuicio a los depositantes, puesto que a la fecha del fallo, esa cantidad, en total, equivalía básicamente al valor de los dólares del caso (*SuplLL*, 29/12/06, p. 45). En verdad, la Corte realizó una sentencia *interpretativa* (manipulativa) "aditiva" (ver § 609): eligió un tipo de interpretación de las normas en debate y le adicionó un interés con lo que, en definitiva, evitó la declaración de inconstitucionalidad, ya que a la fecha de la sentencia no habría agravio para el depositante (percibiría en pesos algo equivalente al valor libre de los dólares). Sin embargo, el fallo parece negar al mismo depositante derecho a cobrar otros intereses por la privación de uso del capital en dólares depositado, durante cerca de cinco años, con lo que allí sí habría un perjuicio no reparado.

§ 1030. ***Limitaciones al derecho de propiedad.*** – Éste, como los demás derechos constitucionales, está condicionando a las "leyes que reglamenten su ejercicio" (art. 14, Const. nacional), aunque ellas "no pueden alterarlo" (art. 28).

La directriz general, en este asunto, es que el derecho de propiedad, al igual que los demás que consagra la Constitución, no es absoluto ("Ercolano c/Lanteri de Renshaw", *Fallos*, 136:161); su ejercicio debe ajustarse a las leyes que lo reglamentan, las cuales, siendo razonables, no pueden impugnarse exitosamente con base constitucional ("Bernuchi", *Fallos*, 289:200). La limitación, para ser viable, debe ser *no esencial* a ese derecho de propiedad ("Villona de Herrero", *Fallos*, 266:34). Si es esencial, importa un *desapoderamiento* inconstitucional ("Oxoby de Julien", *Fallos*, 253:338).

Las reglamentaciones al derecho de propiedad van, de grado menor a mayor, desde: *a*) las simples *restricciones*, generalmente no indemnizables (como las prohibiciones de edificar a mayor o menor altura, o con cierto estilo); *b*) las *servidumbres*, por lo común indemnizables (atento a la magnitud del perjuicio que causan

al derecho de propiedad), aunque otras veces no (ejemplo de éstas, la servidumbre de camino ribereño, que obliga a los propietarios limítrofes con ríos o canales navegables a dejar una calle o camino público hasta su orilla; art. 2639, Cód. Civil); *c*) la *ocupación temporánea* (ver § 1038), indemnizable o no, según la causa que la motiva; *d*) la *expropiación*, que importa extinguir el derecho de propiedad con motivo de utilidad pública, siempre indemnizable (ver § 1039); *e*) la *requisición*, extintiva algunas veces, de la propiedad del objeto incautado, y que genera habitualmente indemnización (ver § 1050), y *f*) el *decomiso*, que aniquila la propiedad del titular, ya que importa una sanción, explicada por razones de seguridad, salud o moralidad públicas, como regla no indemnizada. El *secuestro* de un bien es otra forma de restringir la propiedad, aunque cumple un papel cautelar, ya que su futuro depende de lo que se decida en un proceso, y casi siempre no es indemnizable, aunque de haber sido inmotivado podrán reclamarse los daños y perjuicios provocados por tal incautación provisional.

Como caso de reglamentación constitucionalmente posible del derecho de propiedad, la Corte Suprema ha señalado, por ejemplo, normas razonables de policía sobre urbanismo y planeamiento adoptadas por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires ("Juillerat", *Fallos*, 308:2626) y, en general, las dispuestas por las provincias tendientes a la mejor distribución de las ciudades y pueblos ("SA Río Belén", *Fallos*, 277:313).

Las posibilidades de limitación al derecho constitucional de propiedad se acrecientan en períodos de crisis y de emergencia, donde más opera la doctrina del *estado de necesidad* (sobre estos temas, remitimos al § 813 y siguientes). Así, se ha admitido la constitucionalidad de la reducción por el Estado de los alquileres y la prórroga de los contratos, "en caso de grave perturbación económica y social" ("Correa", *Fallos*, 208:10, y "Roselli", *Fallos*, 238:488). También ha dicho la Corte que la limitación del monto de los alquileres que debe pagar el Estado, según la ley 16.739, no resulta inconstitucional en tanto no exista un desapoderamiento de bienes desproporcionado con los valores en juicio o una auténtica confiscatoriedad ("Stefano y Cía.", *Fallos*, 285:148).

Más discutido es el caso de la suspensión de la ejecución de sentencias de desalojo, reputadas inconstitucionales por la Corte

por atentar contra la cosa juzgada ("Valle", *Fallos*, 252:370; "Lorenzo", *Fallos*, 253:253; "Casana", *Fallos*, 296:584, etc.), aunque algunas veces sí se admitió su constitucionalidad ("Bueno", *Fallos*, 213:239, y "de Sancrica", *Fallos*, 215:155). En sus votos ("Russo", *Fallos*, 243:467), los jueces Oyhanarte y Aráoz de Lamadrid exponen que no son inválidas ni atentan contra la seguridad jurídica las disposiciones legales que, sin desconocer la sustancia de una decisión judicial, se limitan a postergar durante un breve lapso el instante en que empezarán a producirse sus efectos, o sea que se reducen a suspender transitoriamente la exigibilidad de una obligación reconocida o creada por sentencia con valor de cosa juzgada.

Sobre las múltiples hipótesis de prórrogas de contratos (incluso moratorias hipotecarias, ver "Avico c/De la Pesa", *Fallos*, 172:71), establecimiento de precios máximos, paralización transitoria de juicios de reajuste previsionales, y de demandas contra el Estado, puede consultarse el dictamen del procurador general de la Nación ("D'Aste", *Fallos*, 269:416), y ha dado lugar a su convalidación por la Corte Suprema en "Videla Cuello c/Prov. de La Rioja" (*LL*, 1991-D-518), con referencia a la doctrina de la emergencia y al art. 50 de la ley 23.696 de suspensión de ejecución de sentencias pronunciadas contra el Estado, por el término de dos años.

A partir de fines de 2001, la impresionante crisis económica que terminó con el régimen de convertibilidad de "un peso, un dólar", fue acompañada por medidas de emergencia instrumentadas por ley y decretos de necesidad y urgencia, como el "corralito" financiero (por el que no podían retirarse libremente los fondos depositados en los bancos), y la "pesificación", que convirtió los depósitos del sistema financiero originalmente pactados en dólares (por varias decenas de miles de millones), en pesos argentinos, pero con una cotización muy inferior a la del dólar en el mercado libre. El tema se discutió principalmente en alrededor de 300.000 acciones de amparo, fenómeno único en el mundo. En "Prov. de San Luis" (*LL*, 2003-B-537), la Corte Suprema declaró inconstitucional por lesiva al derecho de propiedad tal "pesificación", pero en "Bustos" (*LL*, 2004-F-713), con distinta integración, la reputó constitucional (excepto, al parecer, para los depósitos inferiores a 70.000 dólares, una cifra discrecionalmente mencionada en

un voto, sobre los que habría plena devolución conforme lo inicialmente convenido), fundándose en parte en la doctrina de la emergencia. En "Massa" volvió a reputarla constitucional, como ya señalamos (§ 1029).

B) Propiedad intelectual, industrial y comercial

§ 1031. ***Propiedad autoral.*** – Según se indicó, el art. 17 de la Const. nacional tutela a *todo autor* o *inventor* (estilo redundante, porque el inventor también es *autor* de su descubrimiento), y lo declara "propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley".

La norma consagra aquí, apartándose del proyecto de Alberdi, una especie de propiedad *temporaria*. El argumento dado para justificar esta decisión es doble; por un lado, se dice que las obras o inventos no son producto exclusivo de quien los hizo, sino consecuencia de todo un medio cultural; y por otro, que si se reconoce un derecho perpetuo a los autores, la sociedad se podría ver privada para siempre de utilizar la obra del caso, si aquéllos no permitiesen su utilización.

La Corte Suprema ha señalado que la propiedad autoral "es temporal por su naturaleza y dimensión, que queda deferida a la ley", razón por la que reputó no inconstitucional el plazo de cinco años fijado por el art. 11 del decr. ley 6673/63, para la explotación de un diseño industrial ("Perel", *Fallos*, 288:50).

La reforma constitucional de 1994 reforzó la propiedad autoral, al añadir, en el nuevo art. 75, inc. 19 *in fine*, competencias al Congreso para dictar leyes que protejan "la libre creación y circulación de las obras del autor".

En la Argentina es usual distinguir, en la propiedad autoral, la *intelectual* y la *industrial y comercial*.

§ 1032. ***Ley de propiedad intelectual.*** – Bajo este rótulo se comprende la referida a obras científicas, artísticas, literarias o didácticas, captadas en la Argentina por la ley 11.723 y sus modificatorias (decrs. leyes 12.063/57 y 1224/58; leyes 17.753, 23.077, 23.479, 24.870, etcétera).

La ley 11.723 enuncia que el derecho de propiedad de una obra de esa índole comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, ejecutarla, representarla, exponerla en público, enajenarla, traducirla, adaptarla, autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma (art. 2º). La Corte Suprema ha puntualizado que cabe distinguir los *derechos patrimoniales* a una obra –que son posibles de ceder– de la *paternidad espiritual* de ella, de intrínseca *naturaleza moral*, que siempre se puede reinvindicar y que permite oponerse, en todo momento, a modificaciones en su perjuicio ("Gatto", *Fallos*, 293:362). Los derechos patrimoniales son prescriptibles, como las acciones tendientes a reclamar indemnizaciones por la violación a los derechos autorales. En cambio, los derechos morales, destinados a amparar aquellos aspectos más vinculados con la personalidad creadora, son de tipo inalienable e imprescriptible ("Casiraghi", *Fallos*, 312:2257).

§ 1033. ***Propiedad industrial y comercial.*** – Este subtipo de propiedad autoral se distingue del anterior por suponérselo más vinculado a la actividad económico-productiva (Lafaille), aunque en sí no difiera sustancialmente de la propiedad intelectual.

En la Argentina ha estado regulado por las leyes 111, 22.362 y 22.195, esta última aprueba el convenio celebrado en París sobre la propiedad industrial, referido a patentes, marcas y nombres comerciales.

Según la ley vigente, la titularidad de un invento se acredita con *patentes de invención* o con *certificados de modelo de utilidad* (art. 2º).

La ley de referencia provocó un largo conflicto entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, en especial con motivo del patentamiento de los productos farmacéuticos. Detrás de este debate colisionan los intereses de laboratorios extranjeros, de patentar sus productos, elaborarlos o cobrar las regalías del caso, y de laboratorios locales, de operar con mayor libertad, ya que el anterior régimen de la ley 111 (art. 4º) impedía el patentamiento de las composiciones farmacéuticas y, por vía jurisprudencial, también de los procedimientos farmacéuticos. El referido precepto había sido declarado constitucional por la Corte Suprema, en "American Cyanamid Co." (*Fallos*, 278:313).

C) Confiscación. Requisición por cuerpos armados

§ 1034. ***Ampliación de la regla constitucional.*** – Según el art. 17 de la Const. nacional, "la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino".

Interpretada históricamente, esta cláusula condena la confiscación, entendida como sanción penal, y consistente en el apoderamiento (general) de todos los bienes de una persona, en favor del Estado, obviamente sin compensación alguna (Marienhoff). Actualmente las confiscaciones vedadas son tanto generales como de bienes particulares; establecidas por el Código Penal como por cualquier norma (tributaria, previsional, laboral, etcétera). Se trata de una *interpretación mutativa por adición* (ver § 44) que ha desarrollado el texto inicial de la Constitución.

En concreto, la confiscación interdicta por el art. 17 de la Const. nacional es, aparte de su sentido penal, *el desapoderamiento de bienes sin sentencia fundada en ley* o *por medio de requisiciones militares* ("Griet Hnos.", *Fallos*, 137:212; "Perón", *Fallos*, 238:76; "Dobronic", *Fallos*, 304:1366, etcétera).

§ 1035. ***Situaciones que no importan confiscación.*** – La Corte Suprema ha elaborado un catálogo de medidas que no entran en el concepto constitucional de *confiscación*. Ejemplificaremos algunas de ellas.

a) *Restitución de bienes logrados ilícitamente.* ("Perón", *Fallos*, 238:76).

b) *Bienes expropiados.* ("Partido Justicialista", *Fallos*, 301: 505).

c) *Sanciones patrimoniales.* ("Moreda y Louge", *Fallos*, 192: 418, y "SA Córdoba del Tucumán", *Fallos*, 293:85). No obstante, cabe pensar que si una multa o sanción pecuniaria es irrazonable por su exceso, o trato írritamente desigualitario, devendría lo mismo inconstitucional (ver doctrina de "Cía. de Electricidad del Sur Argentino", *Fallos*, 246:145, sobre la razonabilidad de ciertas multas, y "Lufthansa", *Fallos*, 322:2346).

d) *Indemnizaciones laborales en favor de los trabajadores.* Tampoco entran en la categoría de medidas confiscatorias, aunque una erogación de esa especie no haya sido prevista en la economía de la empresa ("Orloff", Fallos, 214:104).

e) *Cargas sociales.* ("Ceriani", *Fallos*, 243:251). Sin embargo, podría discutirse su confiscatoriedad si aniquilase el patrimonio de un comercio ("Dordal", *Fallos*, 189:234).

f) *Aumentos salariales.* No importan confiscación, por más que la sección donde trabajen los obreros arroje pérdidas ("Verona", *Fallos*, 228:312).

g) *Impuestos.* Tampoco son medidas confiscatorias, siempre que no superen ciertos márgenes ("Acuña Hnos.", *Fallos*, 286:166). Nos remitimos al § 761.

§ 1036. ***Casos de confiscación.*** – A su vez, la Corte ha detectado supuestos de confiscación en las siguientes hipótesis.

a) *Tributos excesivos.* Se refiere a impuestos, tasas, contribuciones de mejoras, etc., exorbitantes. Por ejemplo, la contribución dispuesta por la ley 3900 de la provincia de Buenos Aires, que absorbe por completo la valorización producida por un pavimento y representa el quíntuplo de dicho beneficio ("Mordeglia", *Fallos*, 200:392); el gravamen único de impuesto territorial y tasa municipal que absorbe más de la mitad de la renta producida por un inmueble ("de Gil", *Fallos*, 195:270), o el impuesto a la herencia que comprende más del 94% del haber sucesorio ("Soldati", *Fallos*, 193:463, etc.; ver, además, § 761).

b) *Disminución grave de haberes previsionales.* Atento a la magnitud de la reducción ("Laciana", *Fallos*, 312:451), o cuando la diferencia entre el 82% del sueldo en actividad y la jubilación del caso produce un perjuicio del retirado, que excede largamente el 20% ("Maestre", *Fallos*, 310:991).

c) *Honorarios profesionales.* Regulados en desproporción con el monto del pleito ("YPF", *Fallos*, 265:227). Además, los obtenidos durante un determinado régimen legal no pueden reducirse por una ley posterior ("Mayo", *Fallos*, 323:494).

d) *Desapoderamiento de bienes de un propietario.* En casos de urgencia, si la determinación del momento del pago de la indemnización fijada judicialmente queda librada a la decisión del expropiador ("Nación Argentina", *Fallos*, 241:382).

§ 1037. ***Confiscación de la propiedad enemiga.*** – ¿Gozan las personas físicas e ideales nacionales de los países en guerra con la Argentina, de los mismos derechos de propiedad que los demás habitantes de la Nación?

Por otra parte, en "Merck Química Argentina c/Gobierno de la Nación" (*Fallos*, 211:162), la Corte tuvo que atender el problema derivado de ciertos decretos (30.301/44, 3959/45, 7032/45, etc.), que dispusieron la incautación y venta de bienes pertenecientes a empresas aquí asentadas, que fueran representantes, filiales o sucursales de firmas o entidades radicadas en Japón y Alemania (a quienes, con anterioridad, la Argentina había declarado la guerra), o países dominados por estas naciones.

Citando precedentes estadounidenses, que autorizaban la legitimidad de la apropiación de bienes enemigos situados dentro o fuera de los Estados Unidos de América, la Corte concluyó que el poder de declarar la guerra incluía "el derecho de secuestrar y confiscar toda propiedad de un enemigo y disponer libremente de ella a voluntad del captor", y que "todo derecho o garantía individual reconocido (en la Constitución argentina) a los extranjeros incluidos en la categoría de beligerantes activos o pasivos, cede tanto a la suprema autoridad de la Nación como a las estipulaciones concertadas con los países aliados a la República... El estado de guerra presupone necesariamente un grave e inminente peligro para la Nación y nada ni nadie puede invocar un mejor derecho, cuando se está en presencia de la independencia, la soberanía y la seguridad interna y externa de la Nación".

El caso "Merck Argentina" ha significado un himno a la más desbordada visión de la doctrina del estado de necesidad (ver § 810), que cabe corregir con presteza. En momentos de guerra, es correcto, como lo permite el derecho internacional, que la propiedad enemiga sufra restricciones y hasta desapoderamientos, para lo cual es útil también el remedio de la declaración del estado de sitio y la consecuente limitación de los derechos personales (incluido el de propiedad), en función de las razones que provocaron tal declaración (ver § 727), y con control judicial suficiente. También es cierto que en la guerra, mediando un auténtico estado de necesidad (y no el espurio que se utilizó en "Merck Argentina", con el enemigo ya rendido), se pueden dar supuestos de imposibilidad material o racional de cumplimiento de la Constitución (ver § 814). Pero ello no obsta al respeto de los derechos naturales básicos, aun del enemigo, y la satisfacción de las compensaciones pertinentes, por las incautaciones o requisiciones producidas (ver § 715, con referencia a la ley 23.554, de defensa nacional).

§ 1038. ***Requisiciones por cuerpos armados.*** – La última parte del art. 17 advierte que "ningún cuerpo armado" puede realizar requisiciones o exigir auxilios. La cláusula, tomada de la Constitución de los Estados Unidos de América (enmienda III) y de las constituciones argentinas de 1819 y 1826, da lugar a varias discusiones.

Por ejemplo, parte de la doctrina –siguiendo ideas usuales en Estados Unidos de América– hace jugar esta cláusula en tiempo de paz, pero no de guerra (González Calderón). En cambio, Linares Quintana estima que opera en ambos períodos, aunque parece aceptar la requisición en caso de estado de necesidad y mediando indemnización. La Corte Suprema indicó que el art. 17 prohíbe "el apoderamiento de los bienes de otro, sin sentencia fundada en ley o por medio de requisiciones militares" ("Griet Hnos.", *Fallos*, 137:212).

Las *requisiciones* por cuerpos armados prohibidas por el art. 17, no obstante que una interpretación literal llevaría a una prohibición absoluta, deben entenderse como las realizadas en períodos de paz; y en períodos de guerra, las consumadas sin ley o sin indemnización. Cabe hacer aquí, entonces, una *interpretación mutativa por sustracción* (ver § 44).

D) Expropiación

§ 1039. ***Dimensión constitucional.*** – La Constitución explicita en su art. 17 que "la expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada". Al

respecto, la Corte Suprema ha dicho que la expropiación es un acto unilateral de poder de la autoridad expropiante, por el cual adquiere la propiedad del bien declarado de utilidad pública sin el concurso de la voluntad del sujeto expropiado, y sin otro presupuesto legal que el pago de la indemnización debida por el desapropio ("Transamerican Aeronautical Corp.", *Fallos*, 308:2359). La expropiación importa, pues, una restricción anormal al dominio del particular expropiado ("Cía. Azucarera Tucumana", *Fallos*, 312:1725), en favor, teóricamente, de la comunidad ("Nación Argentina", *Fallos*, 312:2444).

La Constitución indica que toda expropiación debe ser calificada por *ley*. En rigor de verdad, cabe mencionar aquí *dos* leyes. Una, la 21.499, que disciplina en términos generales el tema (sujetos y objeto, indemnización, procedimiento judicial, plazos, retrocesión, expropiación inversa, ocupación temporánea, etc.), y otra, la norma concreta, a dictar cuando se reputa expropiable un bien.

§ 1040. ***Sujetos.*** – Cabe distinguir entre sujetos *activos* y *pasivos* de la expropiación.

Los primeros (*expropiantes*) pueden ser, en el orden nacional, el Estado, las entidades autárquicas nacionales y las empresas del Estado nacional, siempre que estén expresamente facultadas por la ley orgánica de cada una de ellas, o por ley especial. También pueden operar como tales los particulares (llamados *sujetos expropiantes derivados*), "cuando estuvieren autorizados por la ley o por acto administrativo fundado en ley" (art. 2°, ley 21.499).

En el orden provincial, se repite la misma situación. Las provincias están habilitadas para expropiar, como facultad conservada (art. 121, Const. nacional), respetando los recaudos del art. 17 ("Arias Murúa", *Fallos*, 104:247).

Los sujetos *expropiados* podrán ser "cualquier clase de personas, de carácter público o privado" (art. 3°, ley 21.499).

§ 1041. ***Objetos expropiables.*** – El art. 4° de la ley 21.499 habilita la expropiación de "todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la *utilidad pública*, cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al dominio privado, sean cosas o no".

La ley prevé declaraciones *específicas* de bienes expropiados, es decir, concretamente determinados, y las declaraciones *genéricas* (permitidas por la Corte Suprema; "Dirección Nacional de Vialidad", *Fallos*, 183:88).

En el plano de la experiencia jurídica, la Corte Suprema ha reconocido a la Nación competencia para expropiar bienes provinciales, sin distinción de su condición pública o privada ("Compañía Gral. de Ferrocarriles", *Fallos*, 108:240).

Parte de la doctrina niega que una provincia pueda expropiar bienes de la Nación (Canasi, Diez, Dromi) y otra lo acepta (Casas y Romero Villanueva), por ejemplo, para preservar su integridad territorial (Marienhoff). En principio, si se admite la facultad federal de expropiar bienes provinciales, también se debería reconocer lo opuesto, resolviéndose las controversias que hubiere según la citada doctrina de la *lealtad federal*.

§ 1042. ***¿Expropiación de dinero?*** – Se ha apuntado que el dinero argentino no es expropiable, ya que es absurdo captar esa moneda legal, por un lado, e indemnizarla previamente, también con la misma moneda (Bidart Campos).

En "Peralta", la Corte Suprema debió afrontar el acuse de inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 36/90, que incautó los depósitos a plazo fijo en moneda nacional existentes en las instituciones bancarias que superaban cierta cifra, y los transformó en bonos externos (*bónex*) a pagar en dólares, con vencimientos escalonados que concluían a los diez años.

La Corte legitimó como norma al referido decreto de necesidad y urgencia (ver § 576), y en razón de presentarse una situación de emergencia, entendió que la medida adoptada era razonable para enfrentar una aguda hiperinflación, al organizar una "fuerte reprogramación de vencimientos", que, sin embargo, no era "necesariamente una quita" ("Peralta", *LL*, 1991-C-158).

§ 1043. ***Razón de la expropiación.*** – La Constitución prevé la expropiación "por causa de utilidad pública", concepto que "comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual" (art. 1°, ley 21.499).

El interrogante posterior es si la declaración de utilidad pública es revisable judicialmente. Inicialmente el asunto fue entendido como "cuestión política no justiciable", es decir, reservado a la discrecionalidad del Congreso y del presidente de la Nación ("Procurador Fiscal de Santa Fe c/F. Hué.", *Fallos*, 4:311, y "Procurador Fiscal de Santa Fe c/E. Señorans y P. Rosas", *Fallos*, 6:67). Posteriormente (1888), en "Municipalidad de la Capital c/Isabel de Elortondo" (*Fallos*, 33:162), la Corte afirmó: "Aunque no hay una línea precisa que deslinde y distinga lo que es utilidad pública de lo que no lo es, a los efectos del derecho de expropiación, lo cual exige, sin duda, que se acuerde en todos los casos la mayor deferencia al juicio y declaraciones del Congreso a tal respecto; toda vez, sin embargo, que aquel cuerpo claramente exceda de los límites de su atribución constitucional, los tribunales están en el deber de ejercer acción de protección y garantía del derecho individual agredido y de la propiedad tomada fuera de las formas autorizadas por la Constitución", tesis que se repite con expresiones más o menos parecidas (p.ej., es viable el control judicial, por excepción, si la declaración de utilidad "excediese en forma notoria la finalidad invocada", *Fallos*, 298:383), y persiste en la actualidad (ver "Compañía Azucarera Tucumana c/Nación Argentina", *Fallos*, 312:1725, donde se autoriza la revisión judicial "en hipótesis de manifiesta arbitrariedad", con mención de "Nación Argentina c/SA Las Palmas del Chaco Austral", *Fallos*, 291:507).

§ 1044. ***Indemnización. Monto.*** – La ley 21.499 determina que la indemnización será pagada en dinero en efectivo, salvo, según vimos, conformidad del expropiado para que el pago se efectúe en otra especie de valor (art. 12).

El art. 10 de la misma ley puntualiza que la indemnización únicamente "comprenderá *el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación*. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse".

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que la expropiación es un fenómeno jurídico de conversión y sustitución de derechos del particular en favor de la comunidad, mediante el cual

lo que se paga al expropiado no es el precio de la cosa expropiada, sino el resarcimiento de un perjuicio ("Nación Argentina c/Textil Escalada SA", *Fallos*, 312:2444). Por tanto, no es una fuente de ganancias ni de beneficios para el expropiado ("Transamerican Aeronautical Corp.", *Fallos*, 308:2359).

La Corte ha rechazado los perjuicios *eventuales* o *hipotéticos* de la expropiación, para graduar el precio ("Prov. de Tucumán", *Fallos*, 297:194, y "Nación Argentina c/de Palma", 305:837), así como las esperanzas de ganancias ("YPF", *Fallos*, 303:1480).

Conviene recordar que, según el Pacto de San José de Costa Rica, la indemnización de la expropiación debe ser *justa* (art. 21, inc. 2), y el pensamiento cristiano, que inspira a un significativo sector del techo ideológico de la Constitución y se proyecta conforme a la doctrina del bien común en el art. 1° de la ley 21.499, habla de una compensación "estimada conforme a equidad, según las circunstancias" (Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, n° 71).

Cabe tener presente que, para la Corte Suprema, la renuncia anticipada del expropiado en causas por utilidad publica, a obtener el justo valor de su propiedad, resulta inválida por repugnante a la indemnidad del patrimonio del particular frente al Estado, consagrada por el art. 17 de la Const. nacional, lo que significaría convalidar un despojo ("Hoechst Argentina", *Fallos*, 327:5427). La tesis es muy digna, pero no se compadece con el principio de disponibilidad y de libre denuncia de los derechos puramente patrimoniales.

§ 1045. ***Posesión y transferencia del bien.*** – La ley 21.499 indica que el expropiante de un inmueble debe consignar ante el juez respectivo el importe de la valuación que determinó el Tribunal de Tasaciones, hecho lo cual el juez le otorgará la posesión del bien (art. 22). Disposición similar rige para los no inmuebles, una vez tasados por las oficinas técnicas (art. 25).

La expropiación culmina con la transferencia, mediante sentencia firme, toma de posesión y pago completo de la indemnización (art. 29).

§ 1046. ***Desistimiento del juicio de expropiación.*** – El art. 29 de la ley 21.499 señala que el expropiante podrá desistir de la

acción promovida, en tanto la expropiación no haya quedado perfeccionada, con costas a su cargo.

Aparte de las costas, la Corte entiende que la ley nada dice de otros posibles daños que cause aquel desistimiento, los que se enmarcan dentro de la responsabilidad administrativa por conducta lícita, conforme a pautas de derecho público, y no según las reglas del Código Civil para la responsabilidad por actos ilícitos ("Petrucelli", *Fallos*, 312:956).

§ 1047. ***Abandono de la expropiación.*** – El art. 33 de la ley 21.499 contempla una figura particular: el *abandono de la expropiación*, que se produce si el expropiante no promueve el juicio dentro de los dos años de vigencia de ley que la autorice, cuando se trata de efectivizarla sobre bienes individualmente determinados (el plazo es de cinco años si se trata de bienes comprendidos dentro de una zona determinada y de diez si son bienes comprendidos en una enumeración genérica).

La Corte ha entendido que el instituto del abandono de la expropiación se funda en razones de interés público. También es una salvaguardia para el expropiado, que necesita tener certeza sobre la situación de su patrimonio ("Cerda", *Fallos*, 304:1484).

§ 1048. ***Retrocesión.*** – Consiste en el reintegro del bien expropiado a su anterior titular, cuando "se le diere un destino diferente al previsto en la ley expropiatoria, o cuando no se le diere destino alguno en un lapso de dos años computados desde que la expropiación quedó perfeccionada en la forma prevista en el art. 29" (art. 35, ley 21.499).

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha indicado que el cumplimiento del destino legal dado al inmueble durante largo tiempo, consolida el dominio del expropiante, si la evolución de la realidad imponía no continuar con aquel objeto ("Gascón", *Fallos*, 277:192).

§ 1049. ***Expropiación irregular.*** – Llamada también *expropiación inversa*, ocurre cuando el expropiado demanda al expropiante el cumplimiento del acto expropiatorio, y el pago de la correspondiente indemnización.

La Corte indica que la acción de expropiación indirecta o inversa tiene por objeto lograr del Estado que ha dispuesto por la

ley la expropiación de un bien, cuyo dominio restringe la realización de aquella norma, la cumpla, si no se ha iniciado aún el procedimiento directo ("Russo", *Fallos*, 311:977). Se trata de un instituto incorporado en protección de los particulares, y efectiviza la responsabilidad del Estado como artífice de obras públicas ("Sanabria", *Fallos*, 308:1282).

La Corte Suprema, en "Bianchi" (*Fallos*, 315:596), declaró la inconstitucionalidad del art. 56 de la ley 21.499, en cuanto establece el lapso de cinco años para la prescripción de la acción por expropiación irregular, desde que tuvieron lugar los actos del Estado que la tornan viable, sin haber mediado pago por parte del Estado, lo que importaría legitimar una confiscación. El mismo criterio se siguió en "Garden" (*Fallos*, 320:1263).

§ 1050. ***Ocupación temporánea.*** – La ley 21.499 ha regulado también la ocupación transitoria de bienes muebles o inmuebles (o de una universalidad de ellos) por el Estado, y distingue dos tipos: la *anormal* y la *normal*, según responda a una necesidad excepcional, urgente, imperiosa o súbita, o a una necesidad ordinaria no inminente (arts. 57 y 58).

Plantea serios interrogantes constitucionales la prohibición establecida en el art. 60 de la ley 21.499, de indemnizar al titular del bien ocupado, en los casos de ocupación anormal. Se alega que esta modalidad, prevista en principio para casos de terremotos, incendios y otros desastres, impone un acto de función social de la propiedad, en aras de la solidaridad y que, generalmente, dura poco tiempo.

No obstante, cabe advertir que el deber de solidaridad no es incompatible con una razonable satisfacción económica por el perjuicio causado, sobre todo porque éste no se impone a todos los habitantes, sino al titular del bien ocupado, contraviniéndose así el principio constitucional de igualdad de las cargas públicas (art. 16, Const. nacional).

E) Derecho al comercio

§ 1051. ***Ejercicio del comercio y de la industria.*** – El art. 14 de la Const. nacional enuncia explícitamente el derecho "a ejer-

cer toda industria lícita", con lo que subraya una faceta particular del derecho *a comerciar*, enunciado acto seguido en el mismo artículo.

Ambos derechos tenían gran importancia en el programa de desarrollo económico que proponía Alberdi para el despegue de la República Argentina, y son también muy frecuentes en el constitucionalismo liberal propio de la época en que se sancionó la Constitución, vinculado con el crecimiento de la economía empresarial y capitalista.

Naturalmente, este derecho es reglamentable sobre la base del *poder de policía* emergente de la parte inicial del art. 14 citado, ya que se ejerce "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio". La calificación de *lícita* o de *ilícita* a una industria, sin embargo, no puede ser arbitraria puesto que debe satisfacer una cuota básica de razonabilidad (ver § 1183). Basándose en esto, la Corte Suprema ha puntualizado que la ordenanza municipal que erradica las actividades extractivas vinculadas a los hornos de ladrillos de un municipio o departamento de una provincia, no es inconstitucional porque ha reglamentado razonablemente el ejercicio del derecho a instalar una industria, y tampoco viola el principio de igualdad ante la ley, en tanto no se prueben propósitos persecutorios ("Coutinho", *Fallos*, 304:1259). Tampoco lo es un convenio colectivo que prohíbe a las panaderías trabajar los días domingos, en aras del descanso de los trabajadores ("Badano y Perazzo", *Fallos*, 308:857).

También la Corte Suprema, en "Mickey SA" (*JA*, 1992-I-25), ha señalado que es constitucional la clausura de un negocio, dispuesta por la Dirección General Impositiva a tenor del art. 44, inc. 1°, de la ley 11.683, por no emitir facturas, no conservar duplicados, no inscribirse en ese organismo u otras infracciones allí previstas, para asegurar la recaudación de impuestos y el respeto, por todos, de los recaudos formales de tipo fiscal.

§ 1052. ***Producción compulsiva.*** – La ley de abastecimiento 20.680 estableció en su art. 2°, inc. *d*, que el Poder Ejecutivo, por sí o por medio de los funcionarios u organismos que determine, podrá "obligar a continuar con la producción, industrialización, comercialización, distribución o prestación de servicios,

como también a fabricar determinados productos, dentro de los niveles o cuotas mínimas que estableciere la autoridad de aplicación".

En situaciones de normalidad, este precepto no se compadece con la libertad de comerciar y ejercer industrias lícitas, ya que ella comprende –obviamente– tanto el derecho a producir, cuanto el de *no* producir.

Cabe recordar que en "Tecnología Integral Médica", la Corte Suprema convalidó el art. 2° de la ley 20.680 (*Fallos*, 310:2059), aunque con referencia al sistema de precios máximos y mínimos que ella instrumentó. Décadas atrás, en "Hileret" (*Fallos*, 98:51), había negado toda posibilidad de regular la producción. En tal sentido, dijo que "los gobiernos se considerarían facultados para fijar al viñatero la cantidad de uva que le es ilícito producir; al agricultor la de cereales; al ganadero la de sus productos; y así hasta caer en un comunismo de Estado en que los gobiernos serían los regentes de la industria y del comercio, y los árbitros del capital y de la propiedad privada". Es evidente que este fallo se encuentra superado, y resulta un resabio del constitucionalismo de la primera etapa (ver § 5).

§ 1053. ***Secreto comercial e industrial.*** – ¿Existe un derecho constitucional a mantener en reserva las operaciones industriales y mercantiles? El tema ya se ha planteado con anterioridad, al relacionarse con la cláusula de inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados, según el art. 18 de la Const. nacional (ver § 918).

En "Compañía Swift de La Plata y otros" (*Fallos*, 171:348), la Corte Suprema trató la constitucionalidad de la ley 11.226, de control del comercio de carnes, que obligaba a toda persona que negociara habitualmente en la compra de ganado, a inscribirse, a llevar una contabilidad *clara y precisa* y a proporcionar al Ministerio de Agricultura los informes que le fuesen requeridos y permitir a sus inspectores examinar los archivos y demás documentos, salvo los procedimientos o fórmulas industriales secretos.

Para la Corte, esa regulación es, en principio, viable respecto de empresas prestatarias de servicios públicos o industrias que afecten intereses públicos, como lo eran las mencionadas por las

leyes 11.226, de control del comercio de carnes; 11.228, sobre venta de ganado bovino al peso vivo, y 11.747, creadora de la Junta Nacional de Carnes, por ser la Argentina "un país de economía eminentemente agrícola o ganadera".

Por lo demás, la Corte ha advertido que el derecho de todo comerciante a que se respete el secreto de sus libros y de sus actividades comerciales no es absoluto, pues se halla limitado por el derecho del Estado, por razones de interés social y común. Así, no se infringe el art. 18 de la Const. nacional con la existencia de una norma que autoriza la fiscalización de los libros de comercio por personas con función propia y capacidad técnica para hacerlo, sin perjuicio de la subsiguiente obligación de no apartar de su fin propio la información así obtenida ("Cantini", *Fallos*, 298:569).

§ 1054. ***Derecho a contratar.*** – En "Ercolano c/Lanteri de Renshaw" (*Fallos*, 136:164), la Corte Suprema mencionó explícitamente "la libertad de contratar", en materia de alquileres, como derivación del derecho a usar y gozar de la propiedad.

En rigor de verdad, parece que la libertad de contratación es consecuencia de cada uno de los derechos personales que enuncia la Constitución, de modo explícito o implícito, cuando tratan sobre temas patrimoniales o, en general, transables (del derecho a asociarse se infiere el de celebrar el contrato de constitución de sociedades; del de usar y disponer la propiedad, el contrato de compraventa o locación; del de comerciar, el de adquirir efectos para revenderlos con fines de lucro, etcétera).

En el citado caso "Ercolano c/Lanteri de Renshaw", la Corte expuso que la reglamentación de precios y de tarifas en los contratos es, en principio, cuestión de los particulares, pero que la actuación del Estado para regular esos precios se justifica "en el propósito de librar al público de opresiones o tiranías de orden económico... en protección de intereses vitales de la comunidad".

La determinación de precios máximos, por parte del Estado, ha dado lugar a la interpretación de la Corte Suprema, en el sentido de que ello es posible en el marco de una situación de emergencia y transitoria (ver § 813), aunque la ley no disponga un término preciso de vigencia ("Martini e Hijos", *Fallos*, 200:450).

§ 1055. ***Derecho a no contratar.*** – En el caso "Cine Callao" (*Fallos*, 247:121) se discutió la constitucionalidad de la ley 14.226, que obligaba a las salas cinematográficas a incluir espectáculos de variedades (*números vivos*) en determinados horarios.

Se impuso así una especie de *contratación obligatoria*, que la mayoría de la Corte justificó como ejercicio estatal de la facultad de reglamentar las libertades de comercio e industria, a fin de satisfacer "los graves daños económicos y sociales susceptibles de ser originados por la desocupación en mediana o gran escala". Para la Corte, la obligación de contratar a los artistas de variedades no importaba un provecho particular para ellos, sino de "carácter inequívocamente público o general", imponiéndose así una carga legal a los empresarios cinematográficos, reputada razonable por el tribunal.

Es evidente que la Constitución se fundamenta, como regla, en la libertad de contratación (a la que Alberdi llama "la nodriza de la patria"), y que los contratos compulsivos –si se los puede calificar así– no existen constitucionalmente. Aunque sí es constitucional que el Estado *prohíba* algunos contratos (como los lesivos a la moral u orden público, según las pautas del art. 19, Const. nacional), o que imponga ciertos contenidos mínimos en ellos (en resguardo de derechos humanos innegables o de protección del bienestar general, atento a la directriz que en tal sentido trae el Preámbulo).

§ 1056. ***Derecho de navegar.*** – El art. 14 de la Const. nacional enuncia explícitamente el derecho *de navegar*. El art. 26 dispone: "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 nacional".

El propósito de la Constitución fue enfatizar un elemento que se reputó esencial para la programación de un nuevo y desarrollado país. Las normas que hemos citado son una subespecie, en verdad, de los derechos de libertad de locomoción o tránsito (subrayados también, en cuanto a los buques, por el art. 12) y de trabajar y comerciar. Con relación a esto último, Alberdi sostuvo que "el comercio interior y exterior y la navegación forman un mismo objeto, porque la navegación consiste en el tráfico maríti-

mo, que como el terrestre son ramos accesorios del comercio general" (*Bases*, cap. XXIII).

§ 1057. ***Decreto 2284/91 de desregulación.*** – Cabe subrayar que la norma indicada, emitida como decreto de necesidad y urgencia, dispuso en su art. 1º dejar sin efecto "las restricciones a la oferta de bienes y servicios en todo el territorio nacional... y todas las otras restricciones que distorsionen los precios de mercado evitando la interacción espontánea de la oferta y la demanda", aunque exceptúa de tal desregulación a las actividades "que se vinculen directamente con la defensa nacional, la seguridad interior o la provisión de servicios públicos que constituyan monopolios naturales o jurídicos, regulados estos últimos por leyes específicas".

Fuera del problema de inconstitucionalidad formal de esta norma (ya que no medió ningún auténtico "estado de necesidad", en los términos que, como vimos, se exigen para su configuración; ver § 811), lo cierto es, como apunta Kaufman, que el decreto importa retornar a la concepción alberdiana del techo individualista-liberal de la Constitución (ver § 272), una especie de norma "anti-Ercolano" (ver § 1054), es decir, contraria a la filosofía que animó a este fallo.

F) El trabajo

§ 1058. ***Derecho de trabajar.*** – El art. 14 de la Const. nacional declara como derecho de todos los habitantes el *de trabajar*. Se trata de una prescripción genérica. El art. 14 *nuevo*, vulgarmente llamado 14 bis, contempla facetas particulares del tema, orientadas por lo común al trabajador bajo relación de dependencia, con una serie de derechos que veremos más adelante.

Como pauta general, el derecho de trabajar –como el de ejercer industria lícita; ver § 1051–, no es absoluto y está sometido a las leyes que reglamentan su ejercicio, y no se altera por la imposición de condiciones siempre que éstas no sean arbitrarias o desnaturalicen aquel derecho. Según la Corte, las razones que autorizan tal regulación son de conveniencia general, de policía y

salubridad, y deben guardar una adecuada proporción con la necesidad de salvaguardar el interés público, comprometido con el ejercicio de ciertas profesiones ("Miranda", *Fallos*, 257:30, y "Almada", *Fallos*, 268:91). Por ejemplo, señala el tribunal, la moral y la conveniencia colectivas autorizan a suprimir ciertas actividades no honorables o no reconocidamente útiles, como la de prestamista a interés usurario ("Ramos Mas", *Fallos*, 198:111).

La Corte Suprema ha conceptuado como constitucional a la ley del notariado, que exige para ejercer esa profesión la previa obtención de un registro profesional o una adscripción ("Tilli Maza", *Fallos*, 310:2946), o cuando se impide una actividad como consecuencia de una pena de inhabilitación establecida por aplicación del art. 84 del Cód. Penal ("Lema Barreiro", *Fallos*, 296:364). Pero reputó inconstitucional, por arbitrario, el tope de edad de setenta y cinco años para ejercer como notario ("Franco", *Fallos*, 325:2968), o la inhabilitación preventiva de éste, a raíz de un proceso penal, si tiene una dilación desmesurada ("Juzg. Instrucción nº 24", *Fallos*, 322:166).

Por lo demás, se consideró inconstitucional la incompatibilidad establecida por la ley 3329 de Jujuy entre las profesiones de abogado y contador ("Nallim", *Fallos*, 308:1781).

§ 1059. ***Derecho "al" trabajo.*** – Con esta expresión se alude al hipotético derecho que tendría todo habitante a *conseguir* trabajo.

Al interpretar la Constitución de 1853, Alberdi explicaba que el derecho *de trabajar* "no da por eso a todo trabajador la seguridad de hallar trabajo siempre". En resumen, la ley podía dar derecho a ganarse el pan con el trabajo, "pero no puede obligar a comprar ese trabajo al que no lo necesita". Garantizar el trabajo a cada obrero, significaría lo mismo –escribe– que asegurar a todo vendedor un comprador.

Por ello, no puede obligarse a un empleador a tomar contra su voluntad a un dependiente. Ello no impide, sino todo lo contrario, que el Estado programe una política de *pleno empleo*, como lo establecen varias constituciones contemporáneas (España, art. 40; Grecia, art. 22; Portugal, art. 52), y recomienda la encíclica *Pacem in Terris* (nº 63). Con ello se empalma la idea del trabajo como

deber propio del Estado social de derecho (ver § 8). Así, la reforma de 1994 promueve también –en el art. 75, inc. 19– programas de "generación de empleo" (ver § 799, d), junto con otros de formación profesional de los trabajadores (ver § 799, e).

En definitiva, señala la Corte Suprema, si bien la Constitución nacional tutela ampliamente el derecho a trabajar en su art. 14 bis, ello no significa asegurar un derecho subjetivo individual a que el Estado le proporcione un trabajo al habitante que lo solicite ("Aranda", *Fallos*, 315:2804).

§ 1060. ***Deber de trabajar.*** – En la Convención Constituyente de 1957 quedó claro que el trabajo aludido por el art. 14 bis importaba una *función social* ("Diario de Sesiones", p. 1221), con lo que difícilmente se pueda sostener en la actualidad la existencia de un derecho constitucional al *no trabajo* o a la holgazanería. Ésta podría, por ende, ser objeto de sanciones legales.

Con referencia a la Constitución de 1853, algunos autores (Romero, Linares Quintana) visualizaron el trabajo como *obligación moral.*

§ 1061. ***El trabajo en el artículo 14 bis. Pautas generales.*** – La primera parte de esta norma expresa: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...". En la Convención Constituyente de 1957, el informe de Jaureguiberry, cuando realizó la Exposición de motivos de la Comisión Redactora, sentó los siguientes criterios: *a*) el *trabajo* protegido por el art. 14 bis debe entenderse con criterio amplio: manual o intelectual, prestado en forma autónoma o en relación de dependencia, bajo empresario particular o empleo público; *b*) la expresión *protección de las leyes* alude a normas de cualquier índole, nacionales o provinciales; *c*) dicho trabajo es el hecho tanto por nacionales como por extranjeros, y con prescindencia de la clase social de los trabajadores, y *d*) el *trabajo es una función social.* No se lo puede reputar una mercancía, ni el trabajador ser considerado como una máquina.

Es notorio que la filosofía que animó la reforma constitucional de 1957 fue la propia de un Estado social de derecho, que propugnaba la idea de *justicia social para todos* ("para el Estado y

para particulares, no como privilegio de clase ni posición de gobierno") y, siguiendo a Couture, se reconoció que "en la balanza de las desigualdades, para llegar a la igualdad, había que agregar otra desigualdad".

El principio constitucional de protección al trabajo no importa una mera frase declaratoria. La Corte Suprema de Justicia, en "Aquino", lo hizo operar fuertemente para reputar inconstitucional el régimen de indemnización menguada, respecto de los empleados, en comparación con el sistema de indemnización integral del Código Civil ("Ferreyra", *Fallos*, 328:2520, y *JA*, 2004-IV-16). El tribunal destacó que los trabajadores son, así, "sujetos de preferente tutela constitucional".

En "Milone" (*Fallos*, 327:4607), la Corte Suprema atendió la cancelación de una indemnización laboral pagada no en bloque, sino en cuotas periódicas. Al respecto, el tribunal reputó que esa forma de saldar una indemnización no es en abstracto inconstitucional, pero puede serlo en concreto, si no satisface equitativamente el criterio reparador cuya realización se procura. En la especie, tratándose de resarcir una incapacidad física sufrida por el trabajador, éste cuenta con una tutela especial emergente de los arts. 14 bis y 75, incs. 22 y 23, de la Const. nacional. Por ello, reputó inconstitucional al art. 14.2.b de la ley 24.557, que se apartaba de las efectivas necesidades de los damnificados por el infortunio sufrido en el trabajo.

§ 1062. ***Condiciones dignas y equitativas de labor.*** – Así lo dispone el art. 14 bis como obligación que deben asegurar las leyes. Algunos convencionales de 1957 (Aguirre Cámara, Mercado) reputaron demasiado impreciso el texto constitucional, en tanto que se refería a "condiciones dignas para el ejercicio del trabajo".

De la norma constitucional se infiere que cualquier trabajo debe satisfacer requisitos de higiene y seguridad, no exceder las posibilidades normales de esfuerzo y posibilitar la recuperación por medio del reposo (Linares Quintana). En términos generales, debe respetar la dignidad del dependiente, es decir, evitar cualquier situación que atente contra su calidad humana. El trabajador no es mercancía ("Vizzoti", *Fallos*, 327:3677).

§ 1063. ***Jornada limitada.*** – No quedó claro en la Convención Constituyente de 1957 cuál debía ser el tope de la jornada laboral. El convencional Bravo, al exponer por la Comisión Redactora, manifestó que "nos estábamos refiriendo a la jornada máxima legal de ocho horas", incluso aplicable (en lo posible) a los trabajadores rurales, y "con las reducciones o ampliaciones de acuerdo con los convenios que puedan suscribir los obreros".

Algunos asambleístas propusieron fijar expresamente en la Constitución un techo horario de ocho horas (Othar), o uno semanal de cuarenta (Ghioldi). Pero la mayoría se inclinó a dejar el asunto a la legislación y convenios reglamentarios.

§ 1064. ***Descanso y vacaciones pagados.*** – En la Convención de 1957, varios congresales (Ponferrada, Mercado, Bravo) entendieron que el texto constitucional que consagra este beneficio imponía abonarlo *previamente* a tomar las vacaciones. El presidente de la Convención definió que pese a no hacerse referencia expresa al asunto en la letra de la Constitución, las manifestaciones vertidas debían ser consideradas como interpretativas de la actual redacción.

§ 1065. ***Retribución justa.*** – El art. 14 bis de la Const. nacional asegura a los trabajadores el derecho a la *retribución justa*, y, a continuación, al *salario mínimo vital y móvil.*

Se trata de dos conceptos distintos, como apuntó el convencional Ghioldi, en la Asamblea Constituyente de 1957. La idea de la *retribución justa* refiere a la tesis cristiana del *salario justo* (convencional Bravo). Ese *salario justo* debe atender cuatro variables esenciales: *el trabajo* o *tarea prestados* por el dependiente ("Bessolo", *Fallos*, 268:561), *el producto de ese esfuerzo*, *las necesidades* del trabajador y de su familia y el *bien común* (interesado en promover determinadas tareas o en disuadir otras).

Conforme a lo señalado, la *retribución justa* puede no coincidir con la libremente pactada por las partes. Con esto, la Convención Constituyente de 1957 se opuso a la tesis de Alberdi de determinación de los salarios *exclusivamente* por el libre juego de la oferta y de la demanda. Una remuneración voluntariamente convenida, pero injusta, no es constitucional.

Como principio, no existe justificativo para percibir emolumentos correspondientes a funciones que no han sido desempeñadas ("Lafon", *Fallos*, 291:406), aunque algunas leyes han establecido *salarios caídos* en favor de ciertos trabajadores, como en el caso de la industria de la construcción, y hasta tanto el empleador no hubiese cumplido determinadas obligaciones a su cargo, como el pago del *fondo de desempleo* previsto por la ley 17.258. La Corte Suprema reputó constitucional esa norma ("Guna", *Fallos*, 291:587).

El derecho a la retribución justa abarca igualmente tareas prestadas sin relación de dependencia, como los honorarios a pagar a peritos o profesionales ("Bessolo", *Fallos*, 268:561), y debidamente indexados, si hay desvalorización monetaria ("Chiavaro", *Fallos*, 307:894).

§ 1066. ***Reducciones de sueldos.*** – El decreto de necesidad y urgencia 290/95 introdujo bajas en el monto de los salarios de numerosos agentes (no de todos) de la Administración pública, replanteando de tal modo la constitucionalidad de tal medida. La reducción, conviene advertirlo, no fue planificada de modo transitorio, razón por la que escapaba en sentido preciso de la doctrina de la emergencia.

La Corte Suprema, después de admitir en períodos de crisis reducciones salariales ("Guida", *Fallos*, 323:1566), ha encuadrado esa disminución bajo los siguientes parámetros: debe decidirse en circunstancias excepcionales de emergencia, tener efectos generales, con vigencia transitoria, y siempre que la reducción no sea confiscatoria ("Muller", *Fallos*, 326:1038). En otras palabras, las "modificaciones en los márgenes de las remuneraciones" –como eufemísticamente ha dicho el tribunal– no deben alterar la sustancia de la relación de empleo, cambiándola hasta desvirtuarla, convirtiendo el salario en una herramienta de política económica ("Tobar", *Fallos*, 325:2059).

§ 1067. ***Salario mínimo, vital y móvil.*** – En el debate de la Convención Constituyente de 1957 quedó claro que este precepto constitucional del art. 14 bis debe atender no sólo la subsistencia física del trabajador y su familia, incluyendo vivienda, alimenta-

ción, salud y vestido, sino también la educación, instrucción y esparcimiento, "en una palabra, todos los elementos que se relacionan con la vida espiritual y que corresponden al nivel de vida del asalariado" (convencional Bravo).

La *movilidad* de dicho salario obliga, según la Constituyente, a actualizarlo para *mantener el poder adquisitivo*, y conforme a las *modificaciones del costo de vida* (convencional Bravo, miembro informante). Incluso si dicho costo se redujera en cifras apreciables, el salario tendría que disminuir nominalmente. Para el convencional citado los ajustes debían ya producirse si el costo de vida variaba en un 10% en más o en menos.

La Corte Suprema de Justicia, en "Prattico" (*Fallos*, 246:345), elaboró el concepto de *salario adecuado*, según pautas de justicia y razonabilidad, a fin, precisamente, de asegurar al trabajador un aceptable nivel de vida. La idea de un salario mínimo, añade la Corte, que significa una limitación a la libertad de contratar y comerciar ("Barone", *Fallos*, 249:252), no importa un derecho absoluto, sino reglamentable ("Ulman", *Fallos*, 306:1311) y según pautas amplias provenientes de la política económica y social del gobierno, en aras del bienestar general, que de todos modos no pueden ser absurdas o arbitrarias ("Ulman", *Fallos*, 306:1311, y "Paluri", *Fallos*, 306:1964).

En el plano de la realidad constitucional, la fijación del salario mínimo vital y móvil ha dado lugar a cifras decididamente insuficientes, ajenas al propósito del art. 14 bis.

§ 1068. ***Igual remuneración por igual tarea.*** – Este principio, también mencionado expresamente por el art. 14 bis, tuvo como propósito primario evitar el trato remunerativo desigual entre el hombre y la mujer. Pero también quedó definido que la norma prohíbe "hacer discriminación de edad, nacionalidad, religión, creencias políticas o de cualquier otra índole" (convencional Jaureguiberry, miembro informante del despacho en la Asamblea de 1957).

También fue aclarado en la Convención que la palabra *remuneración* comprende el salario como las demás retribuciones, premios o pagos suplementarios, jornales, etcétera.

En "Ratto c/Stani" (*Fallos*, 265:242), la Corte Suprema decidió que un suplemento de sueldo en función de "mayor idoneidad, dedicación y servicios prestados" es perfectamente constitucional. La Corte explicó que el art. 14 bis prohíbe las discriminaciones salariales arbitrarias, "pero no aquellas que se sustentan en motivos de bien común", ni las "fundadas en la mayor eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo del obrero". En resumen, el empleador tiene el derecho a premiar y a remunerar mejor un mayor rendimiento ("Segundo", *Fallos*, 308:1032).

§ 1069. ***Participación en las ganancias, dirección y producción.*** – El art. 14 bis asegura al trabajador "participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección".

La cláusula tuvo en la Convención Constituyente de 1957 un largo debate. El miembro informante (Becerra) aclaró que no importaba establecer un derecho de *cogestión* (o de fuerte y amplia intervención) para los empleados, tanto porque el empresariado estaba inmaduro para aceptarlo, como porque dicha cogestión adormecería "el sentimiento de lucha de la clase obrera", y provocaría "el aburguesamiento de su posición". Para el convencional Jaureguiberry, el art. 14 bis permite, de todos modos, "un grado de cogestión".

Lo cierto es que no quedó perfilado en el seno de la Asamblea el alcance de esta norma, cuya reglamentación no ha sido aún sancionada y que, por tanto, dado su carácter *programático* (ver § 95) permanece inactiva. Su texto, concebido en términos muy comprensivos, da pie a instrumentaciones tímidas o, en cambio, muy intensas de intervención de los trabajadores en la vida de la empresa en donde se desempeñen, según como se lo quiera instrumentar.

§ 1070. ***Protección contra el despido arbitrario.*** – Este principio, igualmente colocado de modo expreso en el art. 14 bis, tuvo para el miembro informante Bravo, en la Convención Constituyente de 1957, dos fines: asegurar al trabajador los salarios necesarios para su subsistencia y permitirle llegar a su jubilación.

También según Bravo, la norma apuntaba a garantizar la permanencia en el empleo, en aras de la estabilidad de la relación laboral. Ésta, por lo demás, se disponía sólo en favor del trabaja-

dor, pues de lo contrario se lo obligaría a laborar toda su vida bajo las órdenes del mismo empleador. Terminó explicando que la protección contra el despido arbitrario tutelaba al trabajador y al mismo tiempo era "un factor de tranquilidad y seguridad social", y se podía reglamentar de distintas maneras, entre otras, imponiendo al sector patronal una indemnización ante despidos sin causa o reincorporando al dependiente.

Esta última posibilidad provoca el interrogante de si es constitucional establecer el principio de *estabilidad propia*, esto es, impedir al empleador despedir sin causa (y si lo hace, obligarlo a reincorporarlo o indemnizarlo con salarios hasta que el dependiente esté en condiciones de jubilarse). Bravo aclaró que en la empresa privada rige la tesis de la discrecionalidad para contratar, y que una reincorporación plena del empleado inmotivadamente despedido, sería "una imposibilidad lógica humana", a la inversa de lo que ocurría en la Administración pública, donde resultaba factible disponer el reingreso del cesanteado.

La Corte Suprema de Justicia, en "De Luca c/Banco Francés", declaró inconstitucional el régimen de estabilidad propia o absoluta de los empleados bancarios (*Fallos*, 273:87). El tribunal argumentó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto, debe reconocerse al empleado una indemnización razonablemente proporcionada al daño sufrido, pero no puede admitirse como legítima la carga patronal de seguir abonando remuneraciones que afectan las bases sobre las cuales se apoya la libertad de contratar, y además porque se pagarían sueldos que no responden a contraprestación alguna de trabajo.

Con relación a la graduación de la indemnización por despido, la Corte aceptó que se fijen por ley indemnizaciones por despido, preaviso, clientela, días feriados, aguinaldo y pago de comisiones a viajantes de comercio, en tanto no sean caprichosas, exorbitantes o irrazonables ("Álvarez", *Fallos*, 251:39, y "Estévez", *Fallos*, 251:78).

En "Vizzoti", el alto tribunal (*JA*, 2004-IV-199) sostuvo que, si bien era admisible un régimen tarifario de indemnización por despidos, sin admitir prueba de los daños efectivamente sufridos, porque aquel sistema brindaba certeza, celeridad y previsibilidad en la percepción, teniendo en cuenta la antigüedad y el salario al momento del despido, la base anual del cálculo de aquella indemnización no podía reducirse más del 33% del salario percibido al producirse la cesantía, que es –por analogía– el tope de la presión fiscal para no incurrir en arbitrariedad.

§ 1071. ***Estabilidad del empleado público.*** – A continuación de la frase "protección contra el despido arbitrario", el art. 14 bis de la Const. nacional incluye la cláusula de "estabilidad del empleado público".

En la Convención de 1957 se cuestionó esa norma por resultar demasiado escueta (Ricci, González Bergez), proponiéndose establecer también otros principios, como el ingreso por concurso y el derecho de los agentes públicos a participar en actividades políticas, fuera de sus funciones (Corona Martínez).

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha indicado que la regla de *estabilidad del empleado público* es directamente operativa ("Masaglia", *Fallos*, 269:234, y "Meza", *Fallos*, 280:55), y que rige tanto en el ámbito nacional como en las provincias y municipalidades ("Salandria", *Fallos*, 310:1065, y "Persoglia", *Fallos*, 311:260).

Una definición muy importante de la Corte, y discutible al mismo tiempo, es que la estabilidad consagrada por el art. 14 bis "es la *impropia*, esto es, que separado el agente (sin causa) por la autoridad administrativa, no tiene derecho a ser reincorporado, aun cuando pueda reclamar la indemnización pertinente" ("Fernández", *Fallos*, 300:531, y "Salandria", *Fallos*, 310:1065). El texto constitucional, en efecto, subraya la "estabilidad del empleado público", cosa que debe significar algo más que la genérica "protección contra el despido arbitrario" consignada en el mismo art. 14 bis. El convencional Bravo, según vimos (ver § 1070), anticipó que la estabilidad propia era natural en el ámbito de la Administración pública (también lo dice el voto en disidencia del juez Belluscio, "Miori", *Fallos*, 307:878).

En verdad, una solución ecuánime puede estribar en reconocer que la estabilidad del agente público es de tipo propio, salvo en los supuestos de supresión del cargo en cuestión, porque en tal hipótesis resulta absurdo (en función del interés general), mantener relación superflua de empleo público. De darse tal contingencia,

al empleado despedido no se lo podría reincorporar aunque sí debería indemnizársele (Marienhoff).

De todos modos, en "Casier" (*Fallos*, 315:1336), la Corte Suprema concluyó que la ley sí puede disponer un régimen de estabilidad propia para los empleados públicos, tanto para el ámbito nacional como el provincial y municipal.

Paralelamente, la Corte apunta que la reglamentación del art. 14 bis bien puede contemplar regímenes particulares de estabilidad, como el de la Policía Federal, "en cuanto a la aptitud del personal para la conservación del cargo", siempre que esas especificaciones sean razonables ("Amoedo", *Fallos*, 307:1821).

En definitiva, para la Corte Suprema la estabilidad del empleado público no es absoluta, pues sus beneficiarios no están por encima del bienestar general ni tienen derecho a continuar en actividad, aunque sus servicios dejen de ser necesarios, sea por motivos de economía o por otras causas razonables ("Guida", *Fallos*, 323:1566).

§ 1072. ***Estabilidad y carrera administrativa.*** – En otro orden de ideas, el postulado constitucional de estabilidad del empleado público no perjudica las facultades administrativas del presidente de la Nación, emergentes del anterior art. 86, incs. 1° y 10 (actualmente, art. 100, incs. 1° y 3°, respecto al jefe de Gabinete), en cuanto a otorgar ascensos y ubicar a los funcionarios en el escalafón, siempre que la decisión del Poder Ejecutivo no implique sanción disciplinaria o descalificación ilegítima del agente ("Barraco Aguirre", *Fallos*, 302:1503).

§ 1073. ***Cesantías justificadas. Sumario.*** – Al respecto, indica también la Corte que si el proceder del empleado público objetivamente justifica la desconfianza de sus superiores sobre la corrección con que presta el servicio, la separación del cargo no es arbitraria; y que la estabilidad en el empleo no impide la existencia de facultades administrativas indispensables para la adecuada prestación de los servicios públicos, en cuyo ejercicio se debe reconocer a la autoridad competente una razonable amplitud de criterio para la apreciación de los distintos factores y reglamentación en juego ("Gallero", *Fallos*, 305:102, y "Carbonaro", *Fallos*, 311:2128).

También ha señalado la Corte que no implica una reglamentación irrazonable del postulado constitucional de estabilidad, su restricción respecto de quienes son titulares o acreedores de una jubilación o prestación similar ("Souto", *Fallos*, 253:478).

De haber causa disciplinaria para concluir con la relación de empleo público, el instrumento habitual para disponerla es la previa instrucción de un *sumario* acreditativo del acto que provoca la extinción de esa relación ("Vilche", *Fallos*, 304:1891).

§ 1074. ***Prescindibilidad.*** – Este instituto ha permitido la separación de agentes públicos sin causa imputable a ellos y, por tanto, sin sumario. Su constitucionalidad es harto opinable, pero abundante jurisprudencia de la Corte Suprema lo ha convalidado. Para el tribunal, la razonabilidad del citado mecanismo, introducido mediante leyes transitorias, surge "de la imperiosa necesidad de proceder al ordenamiento y transformación racional de la Administración pública para lograr que sea eficaz, funcional y económica", confiriéndose así al Poder Ejecutivo "un instrumento ágil para llevar a cabo la reestructuración que limita el derecho a la estabilidad de los empleados, lo que se trata de compensar a través de la indemnización pertinente" ("De Romero", *Fallos*, 307:539).

La Corte ha aceptado esos regímenes de prescindibilidad en tanto incluyan, entonces, una indemnización razonable, adecuada y equitativa ("Garibotto", *Fallos*, 304:1636, y "Corbalán", *Fallos*, 305:1139), que es de tipo preponderantemente alimentario ("Oliva", *Fallos*, 306:76), y siempre que no importen una medida disciplinaria, descalificación del agente o cesantía encubierta ("Vilche", *Fallos*, 304:1891) o que proyecten sombra sobre su reputación ("Sánchez", *Fallos*, 303:1060, y "Lozada", *Fallos*, 303:1409).

Finalmente, la Corte ha señalado que la indemnización en el caso de prescindibilidad no es de la misma naturaleza ni tiene que ser igual a la que deba pagarse por un despido arbitrario ("Barrionuevo", *Fallos*, 312:495).

En la práctica, muchas normas declarativas de regímenes de prescindibilidad han sido manipuladas con objetivos políticos y partidistas, excluyéndose así de la Administración pública a personas involucradas en determinadas ideologías, movimientos o agrupaciones. La Corte Suprema entendió que las distinciones norma-

tivas son valederas en tanto no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido beneficio, sino a una causa objetiva para discriminar, aunque su fundamento sea opinable ("González Ruso", *Fallos*, 311:970).

G) Las organizaciones profesionales

§ 1075. ***Derecho a la organización sindical.*** – El art. 14 bis, parr. 1° *in fine*, otorga a los trabajadores el derecho a la "organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial".

Este derecho, en el proyecto inicial de la Comisión de Derechos Sociales de la Asamblea Constituyente de 1957, estaba conferido no a los trabajadores, sino a los gremios. Es decir, que pasó a ser, en el texto definitivo, de un derecho otorgado a un tipo de asociación (los gremios), a uno declarado en favor de las personas físicas (los trabajadores).

El derecho a organizar sindicatos –o gremios– fue negado algunas veces por el derecho positivo (así, la ley *Le Chapellier*, en Francia). En la Argentina estaba comprendido por el art. 14 de la Const. de 1853-1860, cuando enuncia el derecho de asociarse con fines útiles (ver § 986), aunque la reforma de 1957 lo enfatiza de modo particular. Interpretando el texto de 1853, Alberdi explicó que reconoce el derecho de asociarse conforme "a la voluntad libre de los trabajadores". Según él, eran inconstitucionales, y debían abolirse, las leyes "que establecen gremios, cuerpos y matrículas de trabajadores"; nada debe trabar el libre ejercicio de cualquier oficio o profesión.

La ley 23.551 enuncia para los trabajadores el derecho a constituir libremente, sin necesidad de autorización previa, asociaciones sindicales, afiliarse a las ya constituidas, no afiliarse o desafiliarse, reunirse y desarrollar actividades sindicales, peticionar ante las autoridades y los empleadores, participar en la vida interna de las asociaciones sindicales, elegir libremente a sus representantes, ser elegidos y postular candidatos (art. 4°). Las asociaciones sindicales, por su parte, deberán admitir la libre afiliación (art. 12), pudiendo asociarse las personas mayores de catorce años, sin necesidad de autorización (art. 13).

§ 1076. ***Libertad sindical.*** – Del claro mensaje constitucional de sindicalización *libre* se desprende el derecho a afiliarse, a no afiliarse y a desafiliarse de un sindicato. También, el de reafiliarse, según la reglamentación (razonable) que establezca cada uno de ellos.

En "Outón", un fallo señero en el tema, la Corte Suprema concluyó que la libertad de agremiación importa el derecho de afiliarse al sindicato que se prefiera, o no afiliarse a ninguno. Por tanto, no es compatible con la Constitución un ordenamiento, según el cual el derecho de trabajar en determinada actividad queda supeditado a una afiliación gremial necesaria y a la permanencia en determinado sindicato, mientras dure ese trabajo (*Fallos*, 267:215).

Resulta de interés apuntar que el derecho a desafiliarse de un sindicato no puede restringirse de modo que esa reglamentación implique una permanencia compulsiva en la asociación (CNTrab, Sala VIII, "Rodríguez", *DJ*, 1990-2-75).

La Corte Suprema ha aclarado que la libertad de no afiliarse a un sindicato no exime de hacer aportes en favor de éste, cuando ellos se imponen en un convenio colectivo y para contribuir a los servicios sociales prestados por esa entidad, ya que ese tributo "contempla solidariamente el interés de todos los trabajadores del gremio" ("Potenze c/Federación Empleados de Comercio", *Fallos*, 282:269).

§ 1077. ***Democracia sindical.*** – El art. 14 bis obliga a que los sindicatos se estructuren *democráticamente.*

Consecuentemente, quedan invalidadas tanto las *estructuras* sindicales no democráticas, como las *prácticas* antidemocráticas; a su vez, la Constitución *impone* formas democráticas de organización y vida sindical, como igualdad de sus afiliados, renovación periódica mediante comicios, publicidad de sus actos, etcétera.

El art. 8° de la ley 23.551 determina que las asociaciones sindicales garantizarán la efectiva democracia interna, debiendo sus estatutos asegurar una fluida comunicación entre los órganos inter-

nos de la entidad y los afiliados, que los delegados a los órganos deliberativos obren con mandato de sus representados; la efectiva participación de los socios en la vida de la entidad –con elección directa de los cuerpos directivos en los sindicatos locales y seccionales– y la representación de las minorías en los cuerpos deliberativos.

En la práctica, la historia del sindicalismo argentino está impregnada –en muchos casos– de hábitos autoritarios, cúpulas directivas enquistadas durante largo tiempo (las *burocracias sindicales*), tradiciones corruptivas en el manejo de los fondos gremiales y políticas reacias a la alternancia y al pluralismo, en un marco donde la violencia no ha sido infrecuente. La *democracia interna* es, más que un dato de la realidad, una meta todavía no lograda.

§ 1078. ***Reconocimiento legal.*** – El derecho a organizarse sindicalmente queda reconocido, según el art. 14 bis, "por la simple inscripción en un registro especial".

El propósito constitucional ha sido el de simplificar trámites y evitar trabas burocráticas. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha indicado, no obstante, que el derecho a organizarse sindicalmente no es absoluto, y resulta reglamentable como los demás ("Sindicato Argentino de Músicos", *Fallos*, 253:229), debiendo ejercer allí el Congreso el poder de policía, por lo que puede fijar requisitos no irrazonables para gozar de personería gremial y del mismo modo para perderla; para la Corte no resulta, por tanto, inconstitucional el régimen dispuesto por la ley 20.615 ("Tello", *Fallos*, 300:381).

El tema desemboca en otro punto de singular importancia: la *personería gremial* para representar a una actividad laboral frente al Estado, o para concertar convenios colectivos de trabajo. Una cosa, en efecto, es constituir un sindicato, y otra determinar cuál –o cuáles, si hay varios sindicatos en una misma rama– actuará ante los empresarios o las autoridades públicas, con aquellos fines. La diferenciación entre simple asociación profesional y asociación con personería gremial está marcada por las leyes que han reglamentado el tema, como la 23.551 (ver Suprema Corte de la prov. de Buenos Aires, "Spergge", *DJ*, 1992-1-193).

La ley 23.551 reconoce a los trabajadores, según se dijo, la facultad de constituir asociaciones sindicales libremente y sin necesidad de autorización previa (art. 4°, inc. 1°). Éstas no podrán establecer diferencias por razones ideológicas, políticas, sociales, religiosas, o por nacionalidad, raza o sexo, y se deberán abstener de dar un trato discriminatorio a sus afiliados (art. 7°).

Pueden asumir estas formas: *a*) *sindicatos* o *uniones*; *b*) *federaciones*, cuando agrupen asociaciones de primer grado, y *c*) *confederaciones*, si nuclean asociaciones como las ya indicadas (art. 11).

La asociación que en su ámbito territorial y personal de actuación sea la más representativa, obtendrá la *personería gremial*, siempre que esté inscripta y haya actuado al menos durante seis meses, y afilie como mínimo al 20% de los trabajadores que intenta representar.

§ 1079. ***Concertación de convenios colectivos.*** – El art. 14 bis declara *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".

Como puede verse, se trata de derechos cuyos titulares no son los trabajadores, sino los *gremios*.

El primero de esos derechos es el de pactar convenios colectivos de trabajo, lo que importa conferir *competencias legislativas* a las asociaciones profesionales de trabajadores y de empresarios, dado que esas convenciones, por sus consecuencias (se aplican incluso a quienes no han participado en su elaboración), se asemejan a las leyes.

Aunque los convenios colectivos existían en la experiencia jurídica (ley 14.250) antes de la reforma de 1957, ésta fue necesaria para protegerlos del ataque de inconstitucionalidad que, con razón, se podría haber formulado de no mediar esa habilitación constitucional del art. 14 bis.

La ley 14.250 (t.o. por decr. 108/88) y sus complementarias (v.gr., ley 23.546) legislaron sobre las convenciones colectivas de trabajo que se celebren entre una asociación profesional de empleadores, un empleador o un grupo de empleadores, y una asociación profesional de trabajadores con personalidad gremial (art. 1°). Para resultar obligatoria, la convención debe ser *homologada* por

el Ministerio de Trabajo, siempre que no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o dictadas en protección del interés general, o que perjudiquen la situación económica general o determinados sectores de la actividad, o produzcan un deterioro grave en las condiciones de vida de los consumidores (art. 4°). La homologación significa, pues, un control de *legalidad* y de *conveniencia* por la autoridad administrativa.

§ 1080. ***Relación entre el convenio colectivo y la ley.*** – En "Almirón c/Cooperativa Eléctrica de Pergamino" (*Fallos*, 310: 248), la Corte Suprema, siguiendo la doctrina de "Nordensthol" (*DT*, 1985-951) y "Soria" (*Fallos*, 307:338), concluyó que una ley del Congreso no podía dejar sin efecto un beneficio otorgado por un convenio colectivo homologado por el Ministerio de Trabajo.

No obstante, la Corte Suprema había reconocido con anterioridad que las cláusulas de un convenio colectivo podían ser alteradas por una ley posterior ("Romano", *Fallos*, 301:608, y "Carbonell", *Fallos*, 304:1139), y con ello coincidía el dictamen del procurador general Gauna, en "Almirón". El sustento de esta tesis es que la ley resulta jerárquicamente superior al convenio y que en resguardo del orden público laboral y del bien común, en circunstancias graves, una ley puede anteponer el interés general al sectorial de quienes suscribieron la convención colectiva.

En "Cocchia" (*LL*, 1994-B-638), la Corte Suprema reiteró que el convenio colectivo debe subordinarse a la reglamentación impuesta por el legislador; que éste puede establecer condicionamientos a la concertación de nuevos convenios colectivos e intervenir en la ejecución de los vigentes y homologados, en particular para enfrentar situaciones de emergencia, pero todo bajo el control judicial de razonabilidad.

§ 1081. ***Conciliación y arbitraje.*** – Son dos mecanismos tendientes a resolver, por vías pacíficas y armonizadoras, conflictos *individuales* (referidos a uno o más trabajadores en concreto) o *colectivos* (que afectan a todos los trabajadores de determinada rama o empresa), mediante *comisiones paritarias* (de empleadores y trabajadores) u otras formas de representación de los sectores en conflicto.

Desde el punto de vista constitucional se plantea la duda de si la ley reglamentaria de las asociaciones profesionales, o de solución de litigios colectivos, puede *imponer* la conciliación obligatoria. La Corte Suprema, en "Hilandería Olmos", dijo que la normativa constitucional comprende la conciliación voluntaria y la obligatoria (*LL*, 1980-A-476), por lo que entendió razonable y constitucional la instancia arbitral compulsiva prevista por el art. 2° de la ley 16.936, reformada por la ley 20.638.

§ 1082. ***Derecho de huelga. El debate en la Convención Constituyente de 1957.*** – La Constitución de 1949, no obstante su filosofía justicialista, no incorporó a su texto el derecho de huelga.

Según el convencional Sampay, éste era un derecho *natural*, pero no podía ser *positivo*, por perfilarse como una "zona de guerra extrajurídica" parecida al derecho de resistencia a la opresión.

La Convención Constituyente de 1957 sí lo insertó en el art. 14 bis. El miembro informante lo reputó como un derecho *gremial*, de tipo *colectivo*, no individual (basta que lo decida, dijo, una pluralidad de trabajadores, aunque sea de un solo establecimiento o sección de una empresa). Debía desenvolverse pacíficamente, incluso con *piquetes* que operaran sin violencia. Comprendía las *huelgas de solidaridad*, en favor de las pretensiones de otros trabajadores, y también a los empleados públicos, quedando excluidos solamente "los funcionarios depositarios de cierta parte de la autoridad pública". Por lo demás, el mismo convencional Bravo aclaró que la huelga podía ser decidida sin voto secreto, la autoridad administrativa no estaba habilitada para declararla ilegal, y no era un derecho absoluto, sino reglamentable por la ley.

En el debate posterior algunas de esas ideas fueron discutidas y otras complementadas. El convencional Ponferrada sostuvo que la autoridad administrativa estaba habilitada para calificar como ilegal a una huelga, y que los servidores públicos podían declararla excepto "los empleados y funcionarios de autoridad". Quedó en duda si la huelga debía ser decidida sólo por trabajadores organizados en gremios o sindicatos (convencionales Corona Martínez, Ponferrada y Colombo) o por un simple grupo de trabajadores (Bravo, Cortés y Palacios; éste señaló que podía haber huelga sin que existieran gremios o sindicatos).

§ 1083. ***Pautas jurisprudenciales.*** – La Corte Suprema ha elaborado una serie de directrices en este discutido tema.

a) *Operatividad del derecho de huelga.* Se ejercita aunque no exista ley reglamentaria ("Font", *Fallos*, 254:56, y *DT*, 1962-583; "Gatti", *DT*, 1963-26; "Unión Obrera Molinera Argentina", *Fallos*, 254:65, etcétera).

b) *Estado de sitio.* Durante su vigencia, la huelga puede ser prohibida e incluso reputarse como ilícitos actos vinculados con ella ("Allegrini", *Fallos*, 304:1662). Todo ello está sujeto al control judicial de razonabilidad (ver § 727).

c) *Derecho relativo.* El de huelga no es un derecho absoluto, sino regulable, y debe efectivizarse en armonía con los demás derechos individuales ("Soc. de Seguros Mutuos San Cristóbal", *Fallos*, 250:418). También ha dicho la Corte que es inadmisible pretender que su ejercicio impida toda acción patronal contraria a los huelguistas ("Duarte", *Fallos*, 251:18).

d) *Calificación.* La sola invocación del ejercicio constitucional del derecho de huelga, no basta para que ésta sea reputada legítima ("Unión Obrera Molinera Argentina", *Fallos*, 254:65). A su vez, la calificación como ilegal de una huelga, por parte de la autoridad administrativa, no es definitiva, ya que puede ser revisada en sede judicial.

e) *Huelga por solidaridad.* No es de suyo intrínsecamente ilegal; para calificarla, corresponde averiguar la índole (lícita o ilícita) de la huelga o movimiento al que se adhiere ("Bermúdez", *DT*, 1963-230).

f) *Violencia.* El derecho constitucional de huelga, según la Corte, no se compadece con ocupaciones de fábricas o actos de fuerza en el lugar de trabajo (doctrina de "Kot SRL", *Fallos*, 241:302, y "Ribas", *Fallos*, 258:267). Pero no se puede castigar penalmente la participación en una huelga pacífica ("Productos Stani", *Fallos*, 267:452).

g) *Pago de salarios.* También ha dicho la Corte Suprema que si el empleador ha cumplido con sus obligaciones legales y contractuales, el carácter suspensivo del contrato de trabajo que importa la huelga exime la obligación de pagar los salarios, que son una contraprestación de la labor suspendida por los obreros o empleados ("Aguirre", *Fallos*, 256:305, y "Buhler", *Fallos*, 256:307).

h) *Despidos.* Para que sea indemnizable el despido motivado por una huelga, arbitrariamente dispuesto, es preciso que el carácter legal o ilegal de aquélla sea expresamente declarado por los jueces de la causa, sobre la base de las circunstancias jurídicas y fácticas que configuran el caso juzgado (CSJN, "Salido", *DT*, 1963-295).

§ 1084. ***Regulación del derecho de huelga.*** – Actualmente existe un vacío normativo sobre las modalidades de adopción de huelgas, salvo disposiciones aisladas, como el citado art. 5° de la ley 23.551.

El decr. 2184/90 ha reglamentado el problema de la prestación de servicios esenciales (sanitarios y hospitalarios, transporte, producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas y otros combustibles, telecomunicaciones, educación en sus niveles primario, secundario, terciario y universitario, administración de justicia, a requerimiento de la Corte Suprema, y, en general, todos aquellos que pudieran poner en peligro la vida, la salud, la libertad o la seguridad de toda la comunidad o parte de ella), durante la adopción de medidas de *acción directa* (arts. 1° y 4°).

§ 1085. ***"Lock out".*** – Nada dice explícitamente el art. 14 bis sobre esta medida de fuerza de tipo patronal, que habitualmente consiste en el cierre temporal de la empresa, o en la no prestación de sus servicios.

Algunas constituciones prohíben esta modalidad (Portugal de 1976, art. 60). En el caso argentino, puede hallar tutela en el derecho a realizar lo no prohibido, según el art. 19 de la Const. nacional (ver § 898), y ha encontrado apoyo en alguna jurisprudencia (CNTrab, Sala V, "Padulo c/Siam", *DT*, 1964-205, y Suprema Corte prov. de Buenos Aires, "Andrade c/Swift", *DT*, 1966-308). Incluso algunas normas han aludido al *lock out* (ver art. 9°, ley 14.786).

En principio, entonces, el *lock out* no es inconstitucional, aunque pueda ser reglamentado y, en su caso, objeto de sanción en determinadas circunstancias (p.ej., si quiebra una instancia de con-

ciliación obligatoria, o si se refiere a la prestación de servicios públicos esenciales).

§ 1086. ***Garantías en favor de los representantes gremiales.*** – El art. 14 bis expresa que "los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo". El texto es el resultado de un debate donde se modificó profundamente el proyecto original.

Quedó claro en la Asamblea de 1957 que la Constitución debía tutelar a los representantes gremiales su permanencia en el trabajo y la libertad en la gestión representativa. Éstos no debían ser molestados, perturbados en su libertad, *retenidos* o *demorados* inmotivadamente por la autoridad pública, especialmente por la policial. De infringirse estos derechos, correspondía que la justicia los garantizara prontamente, por ejemplo, mediante la acción de amparo.

Más controvertido fue el tema del *fuero sindical*, por el cual se conceden inmunidades específicas a los representantes sindicales, como la de no ser judicialmente procesados sin la previa autorización de un ente administrativo. Las iniciativas en tal sentido de los convencionales Bravo, Tezón y León, entre otros, fueron cuestionadas por Cortés, Pastor, Molinas, Ghioldi, Muniagurria, etcétera.

A la postre, prevaleció la idea de no conceder a aquellos representantes una inmunidad análoga a la conferida por la Constitución al presidente, vicepresidente, ministros y jueces, negándose, por tanto, el llamado *fuero sindical* que, pese a tal antecedente, fue posteriormente instrumentado por los arts. 58 y 59 de la ley 20.615.

En resumen, conforme a lo expresado por el convencional Jaureguiberry, las garantías programadas por el art. 14 bis en favor de los representantes gremiales eran de dos especies: *contra el poder*, para no ser detenido, demorado o recluido, y *contra el patrón* o *empresario*, para no ser despedido.

§ 1087. ***Tutela sindical.*** – El art. 48 de la ley 23.551, de asociaciones profesionales, otorga a los trabajadores que dejen

de laborar por ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial o en cargos políticos en los poderes públicos, el derecho a gozar de licencia automática sin goce de haberes, la reserva del puesto y su reincorporación al finalizar el ejercicio de sus funciones, no pudiendo ser despedidos durante el término de un año a partir de la cesación de sus mandatos, salvo que mediare justa causa de despido.

Con anterioridad a la ley 23.551, la Corte Suprema había dicho que del art. 14 bis de la Const. nacional no se deducía que la *licencia gremial* fuese una de las *garantías necesarias* para el caso de los empleados judiciales, ya que el agente judicial, a semejanza del empleado público, queda sometido a todas las obligaciones derivadas de las necesidades del servicio.

En resumen, puntualizó la Corte, "no pueden invocarse válidamente derechos constitucionales –como los del art. 14 bis– para sustraerse a obligaciones reglamentarias, teniendo presente que las garantías constitucionales no son absolutas" ("Alonso", *Fallos*, 303:1185).

§ 1088. ***Constitucionalidad del "fuero sindical".*** – La instrumentación de un organismo administrativo previo a la actuación de la justicia penal importa una prerrogativa para los representantes gremiales, reconocida en su momento por ciertas normas (no por la actual ley 23.551), de dudosa constitucionalidad. En "Giménez Inés c/Heredia Hnos.", la Corte Suprema reputó inconstitucional al Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales, sin cuya resolución no era posible la actuación de tribunales provinciales (*Fallos*, 300:1159).

En rigor de verdad, la exención de encausamiento penal de un habitante, fuera de los supuestos previstos constitucionalmente (legisladores, presidente y demás sujetos sometidos al juicio político; ver arts. 53, 59 y 60, Const. nacional), y hasta tanto no se expida un órgano administrativo como el Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales, importa una prerrogativa que viola el principio constitucional de igualdad (art. 16) y, por tanto, rectificando nuestra anterior posición sobre el tema, resulta jurídicamente inválida.

§ 1089. ***Amparo sindical. Remisión.*** – El art. 47 de la ley 23.551 creó una subespecie de acción de amparo, llamada *sindical*, en favor de todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad garantizados por tal ley, por medio del juicio sumarísimo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o su equivalente en los códigos locales, a fin de lograr el cese inmediato del comportamiento antisindical (sobre el tema, ver § 324, e).

H) Seguridad social

§ 1090. ***Seguridad social integral e irrenunciable.*** – El art. 14 bis inicia su párr. 3° declarando: "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable".

En la Convención Constituyente de 1957, la expresión *seguridad social* tuvo un sentido muy amplio. Para el convencional Giordano Echegoyen, informante en este punto, tenía que absorber riesgos y situaciones como enfermedad, accidentes, invalidez, vejez, muerte, nacimiento, casamiento, protección a la infancia y la minoridad, formación cultural, paros forzosos, jubilación, etcétera. Jaureguiberry añadió que no se habían incluido explícitamente ciertos derechos en la parte primera del art. 14 bis (seguridad e higiene en el trabajo, formación cultural y profesional, rehabilitación integral de los incapacitados, medicina preventiva del trabajo, etc.), porque estaban abarcados por la idea de *seguridad social integral*.

La Corte Suprema ha dicho que el art. 14 bis no significa que la cobertura de las contingencias sociales (invalidez, vejez, muerte, cargas de familia, maternidad, accidentes de trabajo, desempleo, enfermedades profesionales y comunes) deba estar exclusivamente a cargo del Estado y financiada por éste, sino que hace referencia a los objetivos que corresponde cumplir al legislador ("Mansilla", *Fallos*, 304:415). En buen romance, pues, los empleadores (y los empleados) pueden legalmente ser obligados a solventar el costo de la seguridad social.

Finalmente, la Constitución reputó *irrenunciable* a esa seguridad social. En los hechos, tal afirmación resulta *farisaica*, ya que

no siempre es posible siquiera obtener las coberturas mínimas de los problemas médicos asistenciales que aquélla debe satisfacer. Por lo demás, también dijo la Corte que la irrenunciabilidad de los beneficios propios de la seguridad social no es incompatible con el instituto de la prescripción, por lo que no constituyen derechos *sine die* ("Diario", *Fallos*, 307:582, y "Santos", *Fallos*, 312:1340).

§ 1091. ***Seguro social obligatorio.*** – El art. 14 bis especifica que "en especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes".

La Asamblea Constituyente de 1957 depositó en ese seguro social grandes esperanzas y objetivos. El convencional Giordano Echegoyen le asignó, incluso, la atención del sistema jubilatorio. Otros le confiaban toda la temática de la seguridad social. Posteriormente la Convención aclaró que el seguro sólo era *un* engranaje en el sistema de seguridad social. Se lo programaba, así, *en especial* –como dice el art. 14 bis– y no *en general* o *únicamente*.

Quedó igualmente definido que este seguro era compulsivo, para quien "prestara un servicio", aunque no quisiera utilizarlo después, según el convencional Jaureguiberry.

La Constituyente aclaró también que tanto la Nación como las provincias podían planificar este seguro, y del debate surge que el manejo de las cajas respectivas tendía a ser tripartito, con intervenciones de trabajadores, patronos y el Estado. La *autonomía financiera* y *económica* tenía por fin, entre otros objetivos, que el Estado no se apropiara de los fondos del sistema de seguridad social.

El seguro social obligatorio, de tipo integral, no fue reglamentado en el ámbito nacional.

§ 1092. ***Afiliación a organismos de previsión social.*** – Para la Corte Suprema, la asociación de particulares a estas entidades puede ser compulsiva, lo que llama "incorporación solidaria a organismos de previsión y seguridad social", con fines de bien común, que imponen obligaciones económicas para su operatividad.

Según el tribunal, el sacrificio que significa tal afiliación (que importa, por tanto, una limitación al derecho a no asociarse o a no contratar; ver § 987), tiene como contrapartida la oportuna prestación necesaria que deberá suministrar el organismo en cuestión ("Sánchez", *Fallos*, 286:187). Juegan aquí razones de bien común para prever necesidades futuras de cada uno y de los demás ("Dumón", *Fallos*, 323:1995).

Para la Corte, en definitiva, la seguridad social no se ubica en el ámbito de la justicia conmutativa, que regula relaciones interindividuales sobre la base del principio de igualdad de los contratantes, sino en el ámbito de la *justicia social*, "cuya exigencia fundamental consiste en la obligación de quienes forman parte de una determinada comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella" ("Spota", *Fallos*, 300:836), emparentada también con la idea de solidaridad social ("Nowinsky", *Fallos*, 322:215).

§ 1093. ***Competencias nacionales y provinciales.*** – La creación de entes de asistencia y previsión social –dijo la Corte Suprema– puede ser de competencia nacional o provincial, según el art. 14 bis ("Sánchez", *Fallos*, 286:187). Para este tribunal, la necesidad de alcanzar los beneficios de la seguridad social, en sus diversas manifestaciones, importa el reconocimiento de facultades *concurrentes* entre la Nación y las provincias, sin que pueda considerarse que exista un monopolio en favor de la Nación. En resumen, no cabe desconocer competencia a las provincias para crear sistemas de seguridad social destinados a sus agentes públicos ("Prov. de Buenos Aires", *Fallos*, 305:1888).

En la Convención Constituyente de 1957 quedó definido que las provincias estaban autorizadas para establecer el seguro social y cajas de jubilaciones, en su esfera local, aunque el Congreso pudiese dictar un código del trabajo y de la seguridad social, en los aspectos sustantivos o de fondo del ámbito laboral.

La reforma constitucional de 1994 introdujo en la segunda parte del art. 125 una regla según la cual "las provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales". Tal cláusula se sancionó, según los miembros informantes de los despachos mayoritarios, bajo las siguientes pautas: *a*) no significaba alterar los derechos provinciales derivados del art. 14 bis; *b*) implicaba ratificar lo señalado por el actual art. 121, en el sentido de que ellas conservan el poder no delegado por la Constitución a la Nación, y *c*) las cajas aludidas implicaban una facultad concurrente entre la Nación y las provincias ("Diario de Sesiones", p. 3875 a 3882, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5773 a 5777).

La nueva norma, en verdad, parece en principio superflua, ya que las competencias provinciales en materia de seguridad social derivaban del art. 14 bis. Su texto, además, resultaba ambiguo y riesgoso, puesto que si las provincias *podían* conservar algunos organismos de seguridad social, es factible deducir que *no podían* retener a los otros. De hecho, detrás del precepto indicado, y como se insinuó en el debate de la Constituyente, estuvo el propósito de asegurar y reiterar a las provincias el ejercicio de un derecho en vías de extinción, ante la urgente y apremiante política nacional de traspaso de cajas jubilatorias provinciales al Gobierno federal ("Diario de Sesiones", p. 3877, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5774).

§ 1094. ***Superposición de aportes.*** – En relación con lo tratado en el anterior parágrafo, aclaramos que el art. 14 bis, según se anticipó, prohíbe la superposición de aportes, por lo que una misma tarea no podría estar sometida obligatoriamente a dos regímenes previsionales o de seguridad social (nada impide, eso sí, que el interesado, voluntariamente, opte por afiliarse a dos o más obras sociales si éstas lo consienten).

Del caso "Spota" (*Fallos*, 300:836) se deduce que lo prohibido por el art. 14 bis es la superposición (o concurrencia) de aportes, pero no la *multiplicidad* de aportes, en el sentido de que si el afectado desempeña dos actividades, cada una de ellas puede ser objeto de un aporte independiente, aunque los dos empleos tengan la misma naturaleza. También, "si se trata de prestaciones con distintas finalidades que cubren diferentes riesgos, habrá multiplicidad, pero no superposición de cargos".

§ 1095. ***Jubilaciones y pensiones móviles.*** – Si bien la mayor parte de los convencionales de 1957 consideraba que el régimen jubilatorio era una parte del seguro social obligatorio, mien-

tras éste no fuere instrumentado se imponía garantizar a jubilados y pensionados un mecanismo de movilidad en sus ingresos (Giordano Echegoyen y Jaureguiberry), en función del costo de vida (convencional Arigós), precisamente para atender el problema inflacionario.

Las consecuencias mínimas de esta cláusula constitucional de "jubilaciones y pensiones móviles" fueron las siguientes, según doctrina de la Corte Suprema:

a) Es inconstitucional *congelar* las jubilaciones ("Incarnato", *DT*, 1976-579, y "Bauset", *DT*, 1980-834), porque ello importa, de hecho, suprimir su movilidad ("Soler Pujol", *Fallos*, 300:571).

b) No hay un único sistema de movilidad, y su elección está confiada a la prudencia del legislador ("Hernando", *Fallos*, 295:694), siempre que éste no violente el derecho de propiedad del jubilado y, por otra parte, no desvirtúe la razón de ser de la movilidad ("Bisso", *Fallos*, 307:2366).

c) Las jubilaciones deben cumplir un rol sustitutivo de las remuneraciones en actividad ("Gitard", *Fallos*, 312:1706). Por ello, debe existir un necesario equilibrio entre las remuneraciones de quienes se encuentren en actividad y los haberes de la clase pasiva, ya que la jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que percibía el beneficiario como contraprestación de su actividad laboral una vez cesada ésta y como débito de la comunidad por tal servicio ("Márquez", *Fallos*, 311:530).

d) Las políticas salariales del Estado no deben derivar en modificaciones sustanciales del haber jubilatorio, que signifiquen una retrogradación en la condición de los pasivos ("Piccirilli", *Fallos*, 312:1061).

La Corte Suprema, en "Chocobar" (*JA*, 1997-II-550), volvió a reputar inconstitucional la prohibición de indexar las jubilaciones durante cierto período, aunque alertó que el Poder Legislativo tiene amplias atribuciones para articular índices de actualización, según las circunstancias y épocas, en particular en etapas de emergencia, modificándolos según lo crea oportuno. Indicó también que las pautas legales y jurisprudenciales sentadas para períodos de inflación no tenían sentido en épocas de plena recuperación del signo monetario, y relativizó la vigencia actual de los anteriores criterios jurisprudenciales de la *necesaria relación de proporcionalidad* y del *carácter sustitutivo* del haber jubilatorio, formulados en otro contexto histórico. Pero en "Sánchez" (CSJN, 17/5/05, *LL*, 2005-C-399) declaró después que debe mediar una proporción justa y razonable entre los haberes de los sujetos en actividad y los pasivos, ajustables por el legislador en función del art. 14 bis, con lo que abandona la tesis de "Chocobar".

En "Badaro" (*LL*, 2006-D-801), la Corte Suprema volvió a insistir (y respecto del período posterior a la vigencia de la mal llamada "ley de solidaridad previsional"), que el art. 14 bis de la Const. nacional impone reforzar las jubilaciones a medida que decaiga su valor con relación a los salarios en actividad, y que ello no surge de un necesario ajuste por inflación, sino de la índole sustitutiva de la prestación jubilatoria, que debe guardar una relación razonable con los ingresos de los trabajadores. Como detalle singular, la Corte no dispuso en aquel expediente cuánto debía aumentarse al jubilado, sino que dejó en manos del Congreso y del Poder Ejecutivo adoptar una solución global, dentro de un plazo razonable. A poco, el segundo dispuso un aumento general del 13% de esos haberes, solución que no conformó al demandante.

§ 1096. ***Crisis del sistema jubilatorio.*** – En "Rolón Zappa" (*Fallos*, 308:1848), la Corte Suprema debió resolver un caso donde la Comisión Nacional de Previsión Social alegó *gravedad institucional* ante los problemas económicos y financieros de las cajas de jubilaciones y pensiones, argumentando que, de seguirse las pautas anteriormente detalladas, se produciría de inmediato la quiebra del sistema jubilatorio, porque éste no podría pagar las respectivas liquidaciones.

El tribunal –en la misma sentencia– sostuvo que la organización social, económica y política reside en la ley, y que no competía a los jueces reemplazar el criterio del legislador para resolver las dificultades financieras y económicas mencionadas, máxime ante un precepto constitucional que obligaba a asegurar la movilidad de las pensiones y jubilaciones.

Poco después, el Poder Ejecutivo declaró en *estado de emergencia económica* al Sistema Nacional de Previsión Social y paralizó los juicios y reclamos administrativos promovidos contra las cajas de dicho sistema (decr. 2196/86), e instituyó un régimen de determinación de montos de las jubilaciones y pensiones que,

de hecho, las reducía. Este decreto fue declarado inconstitucional por algunos tribunales (CNTrab, Sala I, "Ojea", *ED*, 125-462).

Frente a este panorama, la Corte Suprema ha dicho que los jueces, al decidir cuestiones de acreencias jubilatorias, deben ponderar las posibilidades financieras de los entes previsionales, a fin de intentar que tales organismos puedan preservar los recursos para atender el cumplimiento de las prestaciones acordadas a todos los afiliados (dictamen del procurador fiscal, aceptado por la Corte, en "Gitard", *Fallos*, 312:1706, con cita de "Álvarez", *Fallos*, 305:2083, y "Buezas", *Fallos*, 306:1155).

También ha puntualizado la Corte Suprema que una ley es inconstitucional "sólo en la medida en que su aplicación importe una disminución en el haber previsional que, por su magnitud, sea confiscatoria" ("Laciana", *Fallos*, 312:451). Conforme a esta pauta, pues, únicamente son inconstitucionales las reducciones previsionales confiscatorias o arbitrariamente desproporcionadas ("Maine", *Fallos*, 312:194). Pero una desacertada aplicación de esta doctrina puede conducir a fijar jubilaciones indignas.

Una reacción positiva puede hallarse en "Postiglione", donde el alto tibunal reputó contrario a la Constitución nacional un régimen que difiere a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo la determinación de los haberes previsionales, de naturaleza alimentaria, no como una alternativa excepcional motivada por situaciones críticas, y sometida al control judicial, sino como una herramienta de política económica destinada a reducir el gasto público ("Postiglione", *Fallos*, 325:3538).

También la Corte Suprema ha legitimado fijar topes máximos en las jubilaciones, "ya que con ello se hace posible la previsibilidad de las erogaciones y se asegura una distribución más justa de los beneficios", siempre que la disminución operada se mantenga dentro de los límites que el tribunal reputó razonables ("Cebral", *Fallos*, 315:772), y no resulte, por su magnitud, confiscatoria ("Reidel", *Fallos*, 322:2052).

§ 1097. *Acceso a una vivienda digna.* – Este precepto del art. 14 bis fue pensado para los más necesitados, esto es, los sectores de recursos medios y modestos, ya que procuró atender a "una verdadera preocupación social", según Jaureguiberry.

La Corte Suprema ha reputado constitucional el art. 150 de la ley de concursos 19.551 (actual art. 146, ley 24.522) que declaró oponibles (o sustraíbles) al concurso o quiebra los boletos de compraventa de inmuebles (si el comprador hubiere abonado el 25% del precio), cuando se tratare de propiedades destinadas a vivienda, precisamente por aplicación del principio constitucional de protección a la vivienda ("José Chanza y Cía.", *Fallos*, 304:684). Los boletos referidos a inmuebles que tienen otro fin carecen de tal tutela específica.

El dispositivo constitucional no obliga al Estado a proporcionar por sí mismo viviendas a los más necesitados, sino a programar planes que faciliten a éstos la casa-habitación. En los hechos, tales planes han existido algunas veces, pero en otras oportunidades, al contrario, la política de vivienda de ciertas instituciones oficiales (p.ej., Banco Hipotecario Nacional) dio lugar a la desnaturalización de sus objetivos, ya que los beneficiarios –según las denuncias– fueron a menudo personas de recursos holgados que lograron los créditos del caso por su pertenencia o vinculación con el equipo gobernante. El asunto ha dado lugar incluso a acciones penales contra los directivos de tal organismo bancario (Cámara de Diputados de la Nación, orden del día nº 1898, del 11/11/91).

I) Derechos de los consumidores y usuarios

§ 1098. *Introducción.* – La reforma constitucional de 1994 insertó un nuevo artículo, el 42, dividido en tres párrafos. Los dos primeros refieren a derechos que se confieren explícitamente a consumidores y usuarios, visualizados como los nuevos débiles en el mundo de las relaciones contractuales contemporáneas. El miembro informante del despacho mayoritario advirtió, en efecto, que así como fue en el siglo XIX el trabajador el sujeto intrínsecamente débil, y ello motivó un derecho tuitivo o protector en favor de él, así era necesario, en la actualidad, que el Estado asumiera una posición tutelar en pro de los consumidores, para romper la debilidad estructural que padecen, en particular por encontrarse sujetos a contratos de adhesión a los que se ven obligados a some-

terse (convencional Irigoyen, "Diario de Sesiones", p. 4172 y 4173, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5925 y 5926).

Es interesante constatar que el constituyente ya tenía un modelo de ayuda al respecto, que fue la ley de defensa del consumidor mencionada reiteradamente en la asamblea. De todos modos, se señaló que en 1994 todavía no estaba reglamentada, y alguno de sus preceptos habían sido vetados, razón por la que se justificaba la acción del constituyente ("Diario de Sesiones", p. 4173, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5926).

Para éste, la voz "consumidor" comprendió tanto a los consumidores de *bienes* como a los de *servicios*, habitualmente llamados "usuarios". El tema está regulado por la ley 24.240 y el decr. 1798/94.

§ 1099. ***Derechos y garantías.*** – El mensaje del aludido miembro informante destacó que el nuevo artículo incluía *derechos* y *garantías*. Entre los primeros están –dijo– el derecho a la vida (no mencionado en el art. 42, Const. nacional), afectado por "todos los riesgos y peligros que acechan en los servicios", como por ejemplo –señaló– la electricidad. El derecho a la protección de la salud (sí mencionado por el artículo) tiene por objetivo que los productos alimentarios sean inocuos, y también que éstos, el agua potable y los medicamentos, se ajusten a las directrices de las Naciones Unidas, de 1985. Agregó el convencional que si un remedio no está autorizado en su país de origen también debería impedirse su venta en la Argentina, "hasta que lo admita un exhaustivo análisis", para no terminar como conejillos de Indias ("Diario de Sesiones", p. 4174 y 4175, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5926 y 5927). En fin, señaló, entre aplausos, "primero está la salud de los argentinos y después el interés comercial de los laboratorios extranjeros".

El art. 42 comprende también la protección de la "seguridad e intereses económicos de los consumidores", expresión que abarca –al decir del constituyente– la integridad psicofísica de ellos y el derecho a un ambiente sano, como la prevención de los daños; y también el derecho a una "información adecuada", expresión que en el curso del debate quedó ampliada a "información adecuada y

veraz", cosa que incluía igualmente el control por el Estado en la relación del consumo, "para impedir los abusos de la publicidad o propaganda" ("Diario de Sesiones", p. 4174, 4340 y 4341, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5927, 6017 y 6018). En síntesis, la información que las empresas proporcionen respecto de los productos tiene que cumplir cuatro recaudos: *objetiva, detallada, suficiente* y *exacta*, a fin de evitar confusiones en los compradores, y que "se acerquen y adquieran productos que no son justamente para satisfacer sus necesidades o calmar sus ansiedades" ("Diario de Sesiones", p. 4175, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5927).

La Constitución reconoce también a los consumidores la protección de sus intereses económicos, hecho que importa garantizarles *constitucionalmente* "la calidad y eficiencia de los bienes y servicios". Para eso, puntualizó el miembro informante, era necesario imponer una "justicia contractual" que los amparara de los abusos que se concretan a menudo con la "letra chica" o cláusulas adosadas (en caracteres gráficos muy pequeños) en los contratos y, paralelamente, programar una auténtica reparación de los daños ("Diario de Sesiones", p. 4175, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5927).

El nuevo art. 42 comprende asimismo entre los derechos de los usuarios "la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno". Lo primero fue entendido por el miembro informante como un derecho primario y fundante, emparentado con el libre acceso al consumo para toda la población ("Diario de Sesiones", p. 4175 y 4176, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5927).

§ 1100. ***Políticas gubernativas.*** – El párr. 2° del art. 42 indica una verdadera obligación constitucional para el Estado, como es proveer a la protección de los derechos ya señalados y de paso enuncia estas otras.

a) Organizar "la educación para el consumo", que debía ser *formal*, "a cargo de la educación", e *informal*, a través de los medios masivos de comunicación, y con tres protagonistas clave: las asociaciones de consumidores, los empresarios y el Estado, todo ello a fin de crear "el sentido crítico del consumidor", es decir,

potenciarlo para que discierna lo más adecuado para él, conozca sus roles y sus derechos ("Diario de Sesiones", p. 4176, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5927).

b) "Defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados" y "control de los monopolios naturales y legales". Para el miembro informante del despacho mayoritario, debía haber "total libertad en esta materia", en tutela "de los buenos empresarios", y para que haya "una mayor competitividad", en procura también de evitar cualquier "clase de discriminación o de deformación del mercado" ("Diario de Sesiones", p. 4176, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5928).

La expresión "control de los monopolios naturales y legales" dio lugar a un debate. Primero se hizo moción de sustituir la palabra "control" (ya que si se admitía tal control, ello significaba tácitamente admitir los monopolios; en lugar de eso, había que prevenir o evitar los monopolios, como apuntó el convencional Natale). En segundo lugar, también se intentó borrar la división conceptual entre monopolios "naturales y legales", porque se indicó que la Constitución debía combatir cualquier tipo de monopolios, sin formular distingos. No obstante, quedó el texto con la citada clasificación, afirmando el miembro informante que los monopolios *naturales* son los que "por su naturaleza tecnológica no pueden tener competencia", como los servicios de agua corriente, cloacas o gas; y que los *legales* son "aquellos que en función de una determinada política pueden ser necesarios y, consecuentemente, están protegidos por una ley del Congreso". En todo caso, se imponía su control ("Diario de Sesiones", p. 4187, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5934).

c) "Calidad y eficiencia de los servicios públicos". Esta meta fue definida como el destino final de los derechos del consumidor, dentro de pautas de "regularidad, continuidad y eficacia, y en cuanto los bienes, la utilidad, durabilidad y fiabilidad" ("Diario de Sesiones", p. 4176, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5928).

d) "Constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios". La promoción estatal de estas entidades se explica, a tenor del referido despacho mayoritario, por la "timidez congénita o marginalidad de vida en algunas personas", ante lesiones que sufren y

que por tratarse de un solo producto no parecen importantes. De ahí la necesidad de agrupar a los usuarios, para viabilizar sus quejas y accionar después ("Diario de Sesiones", p. 4177, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5928).

§ 1101. ***El caso de los servicios públicos.*** – Ya el párr. 2º del art. 42 alude a la política estatal de "calidad y eficiencia de los servicios públicos". El párr. 3º vuelve sobre el tema, auspiciando "procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos" y "marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional", con la participación necesaria de "las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

La miembro informante, convencional Roulet, indicó que el marco regulatorio de los servicios públicos era indispensable, ya que aquéllos, después de las privatizaciones, generaban monopolios de hecho con consumidores cautivos, a quienes había que tutelar.

En concreto, la nueva regla se refería por un lado a los "entes reguladores" o controladores de aquellos servicios privatizados, con intervención de las asociaciones de los usuarios. Inicialmente el proyecto hablaba de participación "consultiva" de éstos, aunque en el curso del debate se borró esa expresión. En definitiva, la ley posterior determinaría el nivel de tal participación ("Diario de Sesiones", p. 4360, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 6028). Por otra parte, la atención de los conflictos importaba acceso gratuito a la justicia, asesoramiento previo y actuación posterior, "a través de los entes reguladores y si no, directamente por el amparo ante la justicia", que debía ser un "derecho operativo". En tal hipótesis, la sentencia obtenida por un usuario o asociación, tendría que beneficiar a todos, con efecto extensivo ("Diario de Sesiones", p. 4176 a 4178, miembros coinformantes del despacho mayoritario Roulet e Irigoyen, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. VI, p. 5927 y 5928).

§ 1102. ***Evaluación.*** – Es evidente que el nuevo texto, naturalmente bien animado, incurre en detalles propios de la legislación subconstitucional y, en ciertos casos, establece una tutoría estatal en favor del consumidor, cuya eficacia dependerá, por su-

puesto, de la existencia de organismos suficientes y operativos. Diseña así la Constitución una suerte de paraíso para los usuarios y compradores de productos, cosa que la realidad local no siempre refleja.

El texto constitucional justifica una amplia actuación del Estado en los contratos de consumo, transformando precisamente la noción clásica de "contrato" (Farina). La legislación infraconstitucional se ocupa del tema en leyes como la 24.240 (de defensa del consumidor), 25.156 (de defensa de la competencia) y 22.802 (de lealtad comercial).

Por lo demás, se han creado numerosos "entes reguladores", por ejemplo, del gas (ley 24.076), de obras sanitarias (decr. 999/92), telecomunicaciones (decrs. 1185/90 y 1395/91, de servicios eléctricos (ley 24.065), etcétera.

§ 1103. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con los derechos económico-sociales.

a) *Propiedad privada.* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (art. 21), y Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 15 y 16).

b) *El trabajo.* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XIV, XV, XVI y XXXVII), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23 a 25), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6° a 8°, 10 y 12), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 8°), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (art. 6° y 16), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 11, 12 y 14) y Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 18 y 32).

c) *Seguridad social.* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XVI, XXII y XXXV), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 22, 23 y 25), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 8° a 12), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 10 a 12 y 14) y Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 19, 20, 24, 26 y 27).

CAPÍTULO XXXII

DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

§ 1104. *REGLAS VIGENTES.* – El art. 14 bis incluye tres reglas concernientes a la familia, que cabe empalmar también con otras enunciadas al respecto por la Constitución (p.ej., en el art. 20), o elaboradas por la Corte Suprema.

La regla genérica es la de "protección integral de la familia", establecida en el art. 14 bis. Éste suma, acto seguido, los principios de "defensa del bien de familia" y "compensación económica familiar".

El Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 17, trata extensamente esta temática. El inc. 1 declara: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado". El inc. 2 añade: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención". Por otra parte, el inc. 3 agrega: "El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes", y el inc. 4 establece que los Estados partes "deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyugues en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y

conveniencia de ellos". Finalmente, el inc. 5 prescribe: "La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

§ 1105. ***Derecho a casarse. Problemática del matrimonio homosexual.*** – El art. 20 de la Const. nacional concede a los extranjeros "todos los derechos civiles del ciudadano; pueden... *casarse* conforme a las leyes". Hay, pues, un derecho constitucional a contraer matrimonio, tanto para nacionales como para extranjeros.

La Corte Suprema, en "Sejean" (*Fallos*, 308:2268), definió también al matrimonio como un derecho constitucional *expreso*, y en cuanto institución jurídica le asignó satisfacer necesidades humanas esenciales, "como la de sexualidad, a través de una relación con características de permanencia, con miras a la constitución de una familia y, regularmente, a la procreación".

Resulta de interés apuntar que ciertas normas castrenses, partiendo del art. 681 del Cod. de Justicia Militar, obligan a los miembros de las fuerzas armadas a requerir autorización para contraer matrimonio; y en caso de denegarse tal permiso, el afectado debe optar entre no casarse o pedir la baja de la institución. En "L., O. L. c/Gendarmería Nacional" (*ED*, 125-659), la Cámara Federal de Córdoba hizo lugar a una acción de amparo, radicada contra el rechazo de la consabida autorización, por entender que la autoridad militar había actuado irrazonablemente al negar su acuerdo para el enlace. En verdad, el tribunal debió haber declarado inconstitucionales las reglas que obligan a requerir tal permiso: si una pareja está en condiciones legales de contraer matrimonio, nadie puede retacear ese derecho constitucional (y natural) a casarse (del que son únicos jueces y responsables los contrayentes), y menos con sanciones laborales o de otra índole.

Por supuesto, del derecho constitucional a casarse se desprende el derecho a no hacerlo. El art. 531 del Cód. Civil declara nula la obligación contraída bajo la condición de casarse o de no casarse.

Uno de los temas más debatidos en la actualidad es el concerniente a la posibilidad de instrumentar en la Argentina el matrimonio homosexual. En favor de esta tesis podría sostenerse que la Constitución argentina, al revés de otras –como la de Ecuador–, no

define explícitamente qué es "familia" y, por ello, por utilizar lo que Dworkin llamaría un "concepto" (ver § 856) y no una "concepción" precisa, estaría habilitando a los operadores de la Constitución para asignarle a la palabra "familia" un sentido distinto al tradicional, abriéndolo entonces para permitir el enlace gay o lesbiano.

Sin embargo, la noción todavía vigente en la Argentina de "moral pública" –que habilita la regulación estatal de las acciones públicas, como en el matrimonio legal– es reacia a admitir tal tipo de esponsales. A ello se suma que el techo ideológico cristiano de la Constitución (ver § 229) tampoco los autoriza. Paralelamente, el Pacto de San José de Costa Rica, con jerarquía constitucinal, "reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio (art. 17.2), lo que implica manejar una "concepción" concreta y puntual del casamiento.

Lo dicho no impide que legalmente pueda instrumentarse algún tipo de "unión civil" (p.ej., al estilo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), para regular esas uniones distintas al matrimonio de hombre y mujer.

§ 1106. ***Impedimentos matrimoniales. Enfermedades venéreas y sida.*** – La legislación civil ha previsto una serie de impedimentos matrimoniales, algunos dispensables y otros no. Se los clasifica también en impedimentos *dirimentes* (que si se infringen, autorizan a declarar la nulidad del matrimonio), e *impedientes* (que no provocan la nulidad de las nupcias, aunque sí pueden acarrear sanciones). Entre estos últimos, están los *eugenésicos*, es decir, derivados de razones de salud.

La ley 12.331, por ejemplo, prevé en su art. 13 que "no podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedades venéreas en período de contagio". Se trata de una restricción al derecho constitucional de casarse, que, en principio, parece una razonable reglamentación de éste.

La cuestión ha tomado un sesgo particular ante las iniciativas para impedir el matrimonio a quien padezca del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida). Al respecto, se sostiene que el derecho constitucional a casarse no puede ser afectado ni negado a quien padezca de sida, por resultar un derecho natural y personalí-

simo ínsito a la dignidad del ser humano. Desde otra perspectiva, se añade que la prohibición legal no sería idónea, además, para impedir las relaciones sexuales entre quienes no pueden casarse, con lo que carecería de sentido el impedimento.

La cuestión no es de fácil decisión, ya que si se siguen las pautas preexistentes, vedado el matrimonio para las personas afectadas por enfermedades venéreas en período de contagio, también sería factible rechazar el matrimonio de un sidoso. El problema, pues, es más amplio: averiguar si es constitucional o no el impedimento matrimonial denominado impediente eugenésico, cuando se trata de graves enfermedades con proyección –que puede ser fatal– en el otro cónyuge y en los hijos.

En principio, parece que una medida de ese tipo no es de por sí inconstitucional, en resguardo de la salud pública y de la protección a terceros, valores que legitiman la actuación del Estado en el punto (ver § 882), aunque esto no significa que el legislador *deba* establecer tal prohibición.

§ 1107. ***Divorcio.*** – ¿Existe un derecho *constitucional* al divorcio "vincular" (es decir, al que autoriza a contraer nuevas nupcias)? En "Firpo", la Corte Suprema (*Fallos*, 306:928), siguiendo los lineamientos de "De Mangeri", (*Fallos*, 243:272) entendió que el derecho constitucional a casarse debía ejercitarse según las leyes que lo reglamentan, y que no existía un derecho constitucional a casarse *nuevamente*, si el legislador no autorizaba el divorcio vincular.

Sin embargo, dos años después, en "Sejean" (*Fallos*, 308:2268), la Corte –con distinta integración– cambió de parecer y sostuvo que existía un derecho constitucional a obtener un divorcio vincular, y a casarse nuevamente. Declaró así inconstitucional el art. 64 de la ley 2393, que no autorizaba el divorcio vincular. La mayoría de la Corte consideró que el derecho a la dignidad humana (implícitamente contenido entre los derechos no enumerados del art. 33 de la Const. nacional), el de igualdad, que emana del art. 16, y el derecho a casarse enunciado en el art. 20 (que no dispone límite a la cantidad de matrimonios que una persona pueda sucesivamente contraer), sumados al art. 19 (en cuanto ubica la decisión de contraer nupcias en el ámbito reservado a la intimidad de los

contrayentes), obligan –en una interpretación dinámica y evolutiva de la Constitución– a reconocer la existencia de un derecho constitucional al divorcio vincular, y a celebrar después nuevas nupcias.

La argumentación de la mayoría de la Corte era atendible pero en parte infundada, puesto que el propio poder constituyente de 1957, al definir el concepto constitucional de "protección integral de la familia", dijo que "el despacho no trata el problema del divorcio; por lo tanto, no puede ser ni antidivorcista ni divorcista. Ya hemos dicho que el problema del divorcio no es una cuestión constitucional" (convencionales Becerra y Cortés).

§ 1108. ***Protección integral a la familia.*** – En la Convención Constituyente de 1957, varios asambleístas propusieron tratar con mayor extensión el tema (Thedy, Ayarragaray, entre otros), pero éste, a la postre, quedó normado "como un fenómeno incidental de la seguridad social", según la irónica reflexión de otro congresal.

Un punto debatido en la Convención fue si esa protección integral, además de la familia legítima, se extendía a la natural. La mayoría del cuerpo, siguiendo a Jaureguiberry, adoptó la tesis amplia ("tan digna de protección social es la familia del matrimonio como la familia sin matrimonio").

No obstante lo dicho, la Corte Suprema ha señalado que no resultaba inconstitucional una norma (art. 38, inc. 1°, ley 18.037) en cuanto establecía que un beneficio jubilatorio únicamente se podría derivar, ante la muerte del beneficiario, a su viuda o viudo, términos éstos que solamente comprenden a un cónyuge supérstite de un matrimonio legítimo, y ello es así porque la Constitución, en su directiva de "protección integral de la familia", deja al legislador un amplio margen para su reglamentación, y éste, en ejercicio de su función, se consideró vinculado por dicha directiva constitucional en tanto reiteraba una formulación protectora del matrimonio legítimo como base y núcleo de la familia ("De Stoll", *Fallos*, 304:319).

La Corte, en "García de Machado" (*Fallos*, 312:1681), enfrentó otro problema que se vincula a lo ya explicado, al señalar que si una mujer que hubiera convivido públicamente en situación de aparente matrimonio con el causante del beneficio, es tratada por

una ley previsional de modo similar al de una viuda legítima, tal solución no es inconstitucional ni atenta contra la regla de proteger a la familia.

La tendencia actual de la Corte Suprema es sostener que el art. 14 bis ampara tanto al matrimonio legítimo como al núcleo familiar de hecho ("Missort", *Fallos*, 313:225, y "Morúa", *Fallos*, 313:751).

§ 1109. ***Derecho a la maternidad. Derechos reproductivos.*** – ¿Existe una tutela constitucional a la maternidad? En "Del Papa" (*Fallos*, 308:359), la Corte reconoció que esa protección figuraba en el Pacto de San José de Costa Rica, vigente para la Argentina, pero también expuso que violaba el art. 14 bis la actitud de una empresa que retrasaba los salarios de sus dependientes que solicitaban licencia para casarse o por maternidad, ya que en tal caso se infringían los principios de "protección integral de la familia", a la que reputó "célula primaria y vital de la sociedad", siguiendo el criterio del Concilio Vaticano II.

En "Basigaluz Sáez" (*Fallos*, 308:1861), la Corte Suprema hizo lugar a una acción de amparo interpuesta en razón de principios constitucionales y en favor de una madre que solicitó la franquicia legal de finalizar su jornada laboral una hora antes, para amamantar a su hijo. También declaró inconstitucional el art. 15, inc. *b*, del decr. 3412/79, que excluía de aquel beneficio a las trabajadoras con jornadas de cuatro horas.

Y en el caso "De Migrone" (*Fallos*, 268:159), se refirió a la protección de la maternidad como *un derecho humano esencial*. Ello fue refrendado por la reforma de 1994, que obliga al Congreso a dictar planes protectores "de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia" (art. 75, inc. 23).

La expresión "derechos reproductivos" involucra el derecho a la planificación familiar (como determinar el número de nacimientos y su intervalo) y el derecho (y también deber) a la procreación responsable, ejercido sin coacciones ni discriminaciones. Como añadido, comprende el derecho a la salud e información sexual, reglamentado en la Argentina por la ley 25.673, de salud sexual y procreación responsable. Aunque resulte obvio, cabe subrayar que el derecho a fijar el número y los intervalos de nacimiento de los hijos no comprende el derecho a destruir a las personas por nacer, amparadas constitucionalmente en su derecho a la vida (ver § 877). La ley 26.130 autorizó, previo consentimiento informado, a practicar la "ligadura de trompas" y la "vasectomía", para mujeres y varones, respectivamente, como medio para instrumentar la plannificación familiar.

§ 1110. ***Derecho a la crianza y educación de los hijos.*** – En "Ramírez" (*Fallos*, 305:1826), la Corte Suprema dio categoría constitucional al derecho de los progenitores a educar y cuidar a su prole, derivándolo del art. 33 de la Const. nacional, "con directa raigambre en la ley natural".

Citando los votos en mayoría ("Treviranus", *Fallos*, 285:279), el tribunal concluyó que "todo padre y toda madre tienen el deber y el derecho de velar por sus hijos menores, no obstante los defectos que puedan tener y que son propios de la condición humana, si no han sido inhabilitados a ese efecto". La Corte añade que "si se ignorara a tal derecho, se produciría un gravísimo factor de perturbación tanto en lo moral como en lo social, y aun comportaría el riesgo de que una eventual concepción utópica y totalitaria atribuyera al Estado la función que la propia naturaleza ha conferido a los padres".

Resulta sugestivo que la Corte haya enmarcado el derecho que tratamos (que, en rigor de verdad, constitucionaliza la patria potestad) en el art. 33 de la Const. nacional, en vez de fundarlo en una norma más próxima como es el 14 bis y su regla de "protección integral de la familia".

§ 1111. ***Compensación económica familiar.*** – La Constitución ampara, en el art. 14 bis, las *asignaciones familiares*, que importan un *plus* en favor de los trabajadores con mujer e hijos.

En "Roldán" (*Fallos*, 250:46), la Corte Suprema declaró constitucionales los arts. 1º y 2º del decr. ley 7914/57, que establecieron una asignación mensual especial en favor de los empleados y obreros de la industria privada, por cada hijo menor de quince años o incapacitado que tuvieren a su cargo. Cuestionadas tales normas por presuntamente violar los derechos constitucionales de propiedad, de libre contratación y actividad privada (arts. 14 y 17),

la Corte concluyó que aquellas asignaciones encontraban sentido en la reforma constitucional de 1957, dentro de los conceptos de "protección integral de la familia" o "compensación económica familiar".

En la práctica, esas compensaciones son decididamente inconstitucionales, por lo exiguo de su monto.

§ 1112. ***Defensa del bien de familia.*** – Se refiere a la tutela de la casa-habitación del grupo familiar, al cual se le concede el beneficio de la inembargabilidad y ciertas exenciones impositivas (como respecto a la transmisión gratuita de bienes). En el orden nacional, la regla constitucional fue instrumentada por la ley 14.394, que permitió constituir como "bien de familia" a todo inmueble urbano o rural cuyo valor no exceda las necesidades del sustento y vivienda de la familia (art. 34).

La Corte Suprema declaró inconstitucional el art. 56 de la Const. de Córdoba y la ley local 8657, que establecieron la inembargabilidad de la vivienda única, sin necesidad de inscripción registral específica, por interferir en las competencias nacionales regulatorias del bien de familia ("Banco del Suquía", *Fallos*, 325:428).

§ 1113. ***Derechos del niño.*** – La Constitución de 1853-1860 no contenía una cláusula específica en favor del niño. Sí la tenía la Const. de 1949 (art. 37, II, 4). El Pacto de San José de Costa Rica incluye un artículo especial, el 19: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

La reforma de 1994, en cambio, introdujo reglas especiales en favor de los menores. Por un lado, impulsa acciones positivas que garanticen igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en cuanto a los niños (art. 75, inc. 23). Por otro lado, dio rango constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989), que contiene un largo catálogo de previsiones al respecto. Es de observar, en cuanto a esta Convención, que la Argentina ha realizado al aprobarla una serie de reservas y declaraciones.

En concreto, y conforme a una de éstas, la Argentina puntualiza que el concepto de "niño" es el de "todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad", declaración que tiene, en virtud del art. 75, inc. 22, rango constitucional.

Por lo demás, esta Convención, aparte de reconocerle al niño los derechos habituales de un adulto, contiene disposiciones específicas, como la lucha contra los traslados ilícitos de infantes de un país a otro (art. 11), el derecho del niño a mantener periódicamente trato con sus padres que residan en otro país (art. 10), como el de ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo que lo involucre (art. 12), o el de asociarse (art. 15), su derecho a jugar y al esparcimiento (art. 31), la condena a toda incitación o coacción para cualquier actividad sexual ilegal, o su explotación en la prostitución o en espectáculos o materiales pornográficos (art. 34, problema de la *pedofilia*), la fijación de una edad mínima para ser penalmente responsables (art. 40), etcétera. La Convención garantiza el cuidado de los menores mediante la adopción latina y "la *kafala* del derecho islámico" (art. 20; una suerte de régimen similar al adoptivo) y, paradójicamente, permite reclutar niños para las fuerzas armadas, mayores de quince años (art. 38, inc. 3°), cláusula ésta cuestionada por la Argentina en sus reservas.

Cabe tener presente que, en "Neira", la Corte Suprema subrayó que el principio del interés superior del niño, contenido en la Convención relativa a sus derechos, que tiene rango constitucional (art. 75, inc. 22), debe orientar y condicionar las decisiones de los jueces llamados a juzgar en los procesos donde intervienen niños, y constituye una directriz que obliga a las autoridades y a la sociedad toda (*Fallos*, 326:2906). Y en "Maldonado" (*Fallos*, 327:5210) agrega que aquella Convención impone a los jueces adoptar soluciones urgentes, expeditivas y no formalistas.

La ley 26.061, denominada "de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes", con vigencia en todo el país, reitera el principio de prevalencia del interés superior del niño y enuncia explícitamente como derechos suyos los de la vida, dignidad, integridad, identidad, documentación, salud, educación (la pública se define como gratuita), la prohibición de especial discriminación por embarazo, maternidad o paternidad, libertad, deporte, dignidad, libre asociación, a ser oído, al trabajo (fuera de

las prohibiciones legales), a la seguridad social, igualdad, no discriminación, a las garantías mínimas procesales. Enuncia el principio de efectividad o eficacia de tales derecho, crea el "sistema de protección integral" para niños y adolescentes, programa un Consejo Federal de la Niñez, Adolescencia y Familia, e instituye el cargo de defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, nombrado por el Congreso.

§ 1114. ***FUENTES INTERNACIONALES CONSTITUCIONALIZADAS. COMPATIBILIDAD CON LAS NORMAS INFRACONSTITUCIONALES.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con la familia.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. V, a VII, XIV, XXIII y XXX), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 12, 16, 23 y 26), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 7°, 10 a 13), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 14, 17, 18, 23 y 24), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 7°, 11, 12, 17, 19 y 32), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Preámbulo, arts. 5°, 9°, 10 a 14 y 16) y Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo, arts. 2°, 3°, 5°, 7° a 10, 16, 18 a 24 –Declaración argentina–, 27 y 37).

Algunos de estos instrumentos internacionales declaran una enfática igualdad entre el hombre y la mujer (así, Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 16.1, y el Pacto de San José de Costa Rica, art. 17.4). Sin embargo, el Código Civil argentino autoriza donaciones prenupciales del hombre en favor de la mujer, pero no a la inversa (art. 1217, inc. 3), o confiere derecho hereditarios a la viuda sin hijos sobre la sucesión de los suegros (art. 3756 bis). Además, la mujer puede casarse en edad más temprana que el hombre (ley 14.394).

En favor de la aptitud matrimonial más joven de la mujer, se ha esgrimido el argumento de la "diferencia biológica no discriminatoria". En pro de las otras normas mencionadas, también podría conjeturarse que la ley –en definitiva– podría otorgar más beneficios a la mujer que al hombre (tesis que podría reputarse una

"acción positiva" en favor de las mujeres, refrendada por el art. 75, inc. 23, de la Const. argentina). No obstante, la terminante igualdad que emana del derecho internacional hace que estas prescripciones locales cuenten con muy endeble sustento. Incluso el art. 75, inc. 23, debería ceder ante los tratados constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, de la ley fundamental, puesto que ellos prevalecen sobre la Parte Segunda de la Constitución, conforme se desprende de este último inciso.

CAPÍTULO XXXIII

DERECHOS PROCESAL Y PENAL

A) INTRODUCCIÓN

§ 1115. *NORMAS CONSTITUCIONALES.* – El art. 18 de la Const. nacional establece: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

Esta norma incluye preceptos de *derecho constitucional procesal* (reglas y principios, así como garantías, de índole procesal, que el constituyente, por su importancia para el sistema político, transporta a la Constitución) y de *derecho constitucional penal* (principios y normas penales también reputados fundamen-

tales por el constituyente y, por ello, insertados en la Constitución).

Dentro del derecho constitucional procesal, algunos autores –como Fix-Zamudio– incluyen también preceptos constitucionales tendientes a lograr una eficiente e imparcial acción de la judicatura, ya que redundan en un mejor sistema para los justiciables, y que hemos tratado anteriormente, bajo el rótulo de "garantías de actuación" (ver § 601 y siguientes).

§ 1116. ***Reglas del Pacto de San José de Costa Rica.*** – A su vez, esta Convención trata más largamente el tema, en los arts. 7° a 10.

B) Derecho constitucional procesal

§ 1117. ***Debido proceso "adjetivo" y "sustantivo".*** – Cuando el art. 18 de la Const. nacional menciona el *juicio previo* como exigencia para imponer sanciones penales y (en general) a la inviolabilidad de "*la defensa en juicio de la persona y de los derechos*", está refiriéndose al principio del *debido proceso adjetivo*, o sea, al que exije cumplimentar ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una definición, mediante la sentencia, de una litis.

Pero también existe otro concepto, el del *debido proceso sustantivo*, que refiere a la necesidad de que las sentencias (y también, en general, las normas) sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables. Ello alude a un aspecto de fondo o de contenido de la decisión. El principio del *debido proceso sustantivo* es también una garantía constitucional innominada (Linares), ubicable en el grupo de los derechos no enumerados (art. 33, Const. nacional), detectada por la jurisprudencia estadounidense y aceptada por la nuestra (ver § 1183).

§ 1118. ***Ámbito de validez del artículo 18 de la Constitución.*** – Cabe preguntarse si las reglas sobre defensa en juicio y debido proceso emergentes del art. 18 de la Const. nacional tienen aplicación en cualquier fuero, o se circunscriben al penal.

La orientación genérica de la Corte es que las *normas sustanciales* de la garantía de la defensa deben ser observadas *en todos los procesos*, sin que quepa diferenciar causas criminales, juicios especiales, procedimientos ante tribunales administrativos, e incluso causas seguidas en la jurisdicción militar ("López", *Fallos*, 310:1797). Aunque deba tenerse en cuenta la naturaleza particular de cada proceso ("BID", *Fallos*, 325:1649).

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Tribunal Constitucional del Perú", ha sostenido que las reglas del art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica, relativas al proceso penal, rigen mínimamente y, en general, en todo proceso donde se determinen derechos y, por ende, también en el orden civil, laboral, administrativo, fiscal e incluso en el "juicio político".

§ 1119. ***Función de las normas procesales.*** – En principio, corresponde a éstas reglamentar y hacer efectivas las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio ("Renell Emmet", *Fallos*, 303:232), por lo que se presumen sancionadas en favor de los justiciables ("Bartra Rojas", *Fallos*, 305:913).

En la tarea de reglamentación de los principios constitucionales, la ley debe compatibilizar el ejercicio de los derechos de todos los intervinientes en el juicio, con el interés social que existe en la eficacia de la justicia ("Frigorífico Swift", *Fallos*, 286:257).

§ 1120. ***Aplicación inmediata de las leyes procesales.*** – Una jurisprudencia habitual de la Corte Suprema entiende que la facultad de cambiar las leyes procesales es un "derecho que pertenece a la soberanía" ("Astrada", *Fallos*, 163:231), y que nadie tiene un derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento ("Saint Hnos.", *Fallos*, 249:343). Por ello, no hay un derecho constitucional a ser juzgado según las normas procesales vigentes al producirse el hecho que motiva un proceso, penal o civil. En resumen, las nuevas reglas procesales pueden ser aplicadas de inmediato a las causas existentes ("Junta Nacional de Granos", *Fallos*, 274:64; "Sopeña", *Fallos*, 275:459; "Fernández", *LL*, 1984-D-499, entre otros).

La doctrina judicial vigente es discutible. Es factible que la ley procesal en vigor cuando ocurrió el hecho sea para el acusado

más provechosa que la actual (p.ej., por concederle más plazo para la defensa, o restringir ciertos términos o probanzas para la acusación), caso en el cual bien podría hablarse de un *derecho adquirido* a ser juzgado por la norma primitiva y no por la reformada.

§ 1121. ***Derecho a la jurisdicción.*** – El derecho judicial argentino ha deducido del derecho constitucional a la defensa en juicio ("es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos"), el de contar *con la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia útil* ("Santos", *Fallos*, 307:282; "Christou", *Fallos*, 308:155; "Moriña", *Fallos*, 311:682, y "Espósito", *Fallos*, 324:4135). En consecuencia ha dicho la Corte que es inconstitucional privar a alguien, compulsivamente, de la intervención de un tribunal de justicia ("Marchissio", *Fallos*, 301:111).

Actualmente se habla de un derecho de *acceso a la justicia*, que involucra, además de la real posibilidad de ser recibido por un tribunal, contar con los medios para así hacerlo, incluyendo asesoramiento adecuado.

Si no existe la posibilidad que comentamos, el habitante se halla en un supuesto (inconstitucional) de *privación de justicia* ("Peró", *Fallos*, 307:966), que puede dar lugar a la intervención de la Corte Suprema (ver § 747, *c*).

El tribunal de justicia al cual se puede presentar el interesado debe ser *imparcial e igual para todos* ("Colombo Murúa", *Fallos*, 310:2342). Esta directriz, que la Corte reputa igualmente derivada del art. 18 de la Const. nacional, autoriza a que el justiciable (es decir, quien se presenta o es convocado por un tribunal) pueda pedir la separación de los magistrados no imparciales (procedimiento de *recusación*).

El ejercicio del derecho a la jurisdicción se combina, como subraya Bidart Campos, con el principio de la *tutela judicial efectiva*, el que no se cumple –en particular en el fuero penal, pero con proyecciones básicas también a otros ámbitos–, si por indigencia no hay posibilidad real de acudir a los tribunales, por ejemplo, por no contar con los medios económicos para afrontar el proceso judicial. Tampoco habría tutela judicial efectiva si existe en un país un temor generalizado por parte de los abogados de asumir

determinadas causas (p.ej., concernientes a personas acusadas como subversivas). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva 11, del año 1990, concluyó que si en una nación se dan tales circunstancias negativas, el afectado podría ocurrir ante la jurisdicción supranacional sin necesidad de agotar los trámites internos, cuyo tránsito, ante la ineficacia del sistema tribunalicio local, sería superfluo.

Con relación al régimen de *mediación* impuesto obligatoriamente por ley 24.573, la Corte Suprema ha concluido que no violenta el derecho constitucional de acceso a la justicia, porque, de no resultar exitoso tal trámite, el interesado puede promover la acción judicial que quiera. El mediador, por lo demás –explicó el alto tribunal–, no ejerce funciones de naturaleza jurisdiccional ni administrativa ("Baterías Sil Dar", *Fallos*, 324:3184).

§ 1122. ***Derecho a la jurisdicción y justicia administrativa.*** Con referencia a la existencia de tribunales administrativos, que han contravenido el mandato del art. 109 de la Const. nacional (que prohíbe al Poder Ejecutivo asumir papeles judiciales), cabe recordar que para la Corte Suprema la facultad administrativa para juzgar (y en su caso, castigar) no atenta contra la garantía de la defensa en juicio, en tanto se otorgue al justiciable la oportunidad de ocurrir ante el Poder Judicial, con el fin de que cualquier decisión administrativa sea allí revisada ("César y Antonio Karam SCICA", *Fallos*, 310:360). Satisfecho ese recaudo, la Corte estima "perfectamente compatible con la ley fundamental" la creación de órganos y procedimientos administrativos "destinados a hacer más efectiva y expedita la protección de los intereses públicos" ("Bco. Regional del Norte Argentino", *Fallos*, 311:49).

Sobre la constitucionalidad de los tribunales administrativos, nos remitimos al § 594.

§ 1123. ***Sometimiento de civiles a tribunales militares. Remisión.*** – Nos remitimos en este punto a lo tratado en el § 731.

§ 1124. ***Principio de igualdad procesal.*** – También estima la Corte Suprema, como elemento del derecho de defensa en juicio, que el Estado provea los medios para que el proceso, a que se re-

fiere al art. 18 de la Const. nacional, se desarrolle en paridad de condiciones, tanto respecto de quien ejerce la acción pública como de quien debe soportar la imputación ("Salgán", *Fallos*, 312:1998). Cubre tanto al que reclama un derecho como al que se opone a tal postulación ("Espósito", *Fallos*, 324:4135).

Como consecuencia de lo dicho, el juzgador no se puede convertir en intérprete de una supuesta voluntad implícita de una de las partes, porque así alteraría el equilibrio procesal de los litigantes, en beneficio de uno de ellos ("SRL La Florida", *Fallos*, 283:213; "Caja Nacional de Ahorro y Seguro", *Fallos*, 310:2709, y "Revoredo", *Fallos*, 325:3080).

El derecho al debido proceso se vincula aquí con el principio de igualdad del art. 16 de la Const. nacional (ver § 1007), e impone el principio de *contradicción* o *bilateralidad* (derecho a defenderse por la parte contra quien se pide algo) ("Sarandí", *Fallos*, 325:806, y "Méndez Casariego", *Fallos*, 327:1240).

§ 1125. ***Principio de "justicia pronta".*** – De los principios constitucionales de "afianzar la justicia", seguridad jurídica, defensa en juicio y del debido proceso, la Corte ha inferido el mandato de "lograr una justicia rápida dentro de lo razonable" ("Anderle", *Fallos*, 324:1944), lo que importa conducir el proceso lo más rápido posible ("Espósito", *Fallos*, 324:4135), y obtener una sentencia en tiempo propio ("Lépori", *Fallos*, 324:1710). Tal exigencia se acentúa en la esfera penal, por respeto a la dignidad del hombre, mediante el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito ("Bartra Rojas", *Fallos*, 305:913), y poner fin así a una situación de incertidumbre y, eventualmente, de privación de la libertad ("Mattei", *Fallos*, 272:188; "YPF", 306:1688; "Arrastia", *Fallos*, 326:4650, y "Barra", *Fallos*, 327:327). También es de aplicación intensa en el orden previsional ("Fernández", *Fallos*, 311:1604).

Finalmente, de la idea de pronta justicia se desprende el derecho de toda persona a contar con una vía idónea que le permita impulsar el proceso al cual se ve sometida ("Cardozo", *Fallos*, 310:57).

El Pacto de San José de Costa Rica reconoce a los detenidos el derecho a ser juzgados en un plazo razonable, o ser puestos en libertad (art. 7°, inc. 5).

La Corte Suprema había puntualizado ("Firmenich", *JA*, 1987-IV-139) que dicho concepto de "plazo razonable" no era necesariamente fijo, ya que dependía de la gravedad de la infracción y de las características de cada caso judicial. Sin embargo, la ley 24.390 estableció que la prisión preventiva de un procesado no podría ser superior a dos años (art. 1°), aunque dispone excepciones.

Por otra parte, la Corte Suprema, en "Alonso" (*DJ*, 1996-1-106), enseñó que la determinación del concepto de "plazo razonable" previsto por el Pacto de San José de Costa Rica para fijar el plazo máximo de detención sin condena, dependía de la política legislativa de cada Estado, dentro de pautas como, por ejemplo, la gravedad de la infracción por la que un sujeto está arrestado y el interés público en juego. Además, la Corte agregó que la distinción hecha por el legislador argentino, a raíz del problema del narcotráfico, era por ende admisible y no violaba el principio constitucional de igualdad.

Con posterioridad, la Corte Suprema ("Bramajo", *LL*, 1996-E-409) declaró inconstitucional el art. 1° de la ley 24.390, en cuanto impuso la aplicación automática de los plazos mencionados. El tribunal señaló que la ley violaba el art. 7°, inc. 5, del Pacto de San José de Costa Rica, que asegura –dijo– el principio de "justicia pronta, pero sin fijar términos concretos". Sin embargo, del hecho de que el Pacto no determine plazo no se desprende que una ley reglamentaria no pueda hacerlo, siempre que ellos sean razonables.

En "Egea" (*Fallos*, 327:4815), la Corte ha concluido que aunque la duración excesiva de un proceso no provoca por sí mismo la extinción de la acción penal, debía compatibilizarse con el instituto de la prescripción, que podía definirse aún antes de la sentencia de fondo.

§ 1126. ***Base constitucional de institutos procesales.*** – La Corte Suprema ha considerado la problemática constitucional de varios dispositivos del derecho procesal, dándoles a menudo base en la propia Constitución.

a) *Astreintes* ("Rey", *Fallos*, 291:441).

b) *Beneficio de litigar sin gastos* ("*Siderman*", *Fallos*, 311: 1372).

c) *Medidas precautorias sin audiencia de parte* ("Telerama", *Fallos*, 274:127).

d) *Resolución de la queja sin oír al apelado* ("Todres", *Fallos*, 280:347).

e) "*Solve et repete*". La exigencia legal de pagar impuestos y multas antes de reclamar judicialmente su devolución, fue conceptuada por la Corte como constitucionalmente posible, pero siempre que se contemplen las situaciones patrimoniales concretas de los sancionados, a fin de evitar que ese pago previo produzca un real menoscabo de la defensa en juicio ("SAIC Adelphia", *Fallos*, 285:302, y "Ayuí", *Fallos*, 322:1284).

Conviene alertar que algunos tribunales y parte de la doctrina (Valdés Costa), han entendido que el principio *solve et repete* colisiona con el art. 8°, inc. 1°, del Pacto de San José de Costa Rica, que establece el derecho de toda persona a ser oída ante un tribunal "con las debidas garantías", entre otras cosas, para la determinación de sus derechos y obligaciones en materia fiscal. La Corte Suprema, en cambio, ha entendido que este precepto no es incompatible con la aplicación del *solve et repete* ("Microómnibus Barrancas de Belgrano", *Fallos*, 312:2490), en tanto un litigante no alegue que, por su monto, no está en condiciones de oblar el depósito previo de la deuda.

§ 1127. ***Publicidad del proceso. El sistema acusatorio.*** – Como regla, una serie de instrumentos internacionales, con jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22, de la Const. nacional, imponen el principio de la publicidad del proceso penal (p.ej., art. 8°, inc. 5, Pacto de San José de Costa Rica; art. XXVI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, etc.; ver § 1166). El art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que repite la misma tesis, menciona una serie de supuestos en que se exceptúa su aplicación: razones de moral, orden público, seguridad nacional en una sociedad democrática, respeto a la vida privada de las partes, perjuicio para los intereses de la justicia, interés de menores, etcétera.

Se discute si el principio de publicidad requiere inexorablemente que el proceso sea *oral*. Los documentos internacionales mencionados no imponen expresamente tal exigencia, como

apunta Edwards, aunque, desde luego, dicho proceso oral es el que más se concilia con el requisito de la publicidad. Sin embargo, un proceso básicamente escrito no es necesariamente violatorio del principio de publicidad, en la medida que permita adecuadamente a los interesados acceder a los tramos orales de la causa y a las partes del juicio no desarrolladas oralmente.

Ahora bien, en "Casal", la mayoría de la Corte Suprema ha juzgado que, a raíz de las varias directrices constitucionales que impulsan al juicio por jurados (ver § 592), la ley suprema impone al respecto penal *acusatorio* y por jurados ("Casal", *LL*, 2005-F-111; ver, también, "Llerena", *Fallos*, 328:1491). El primero de éstos postula un juez neutral, correspondiendo el impulso del proceso al Ministerio Público Fiscal, a quien le toca acumular las probanzas incriminatorias, antes que al juez (que, a la inversa, es un activo protagonista de la causa, con amplias facultades probatorias, en el otro sistema llamado *inquisitivo*). En el régimen acusatorio, el fin del proceso penal deja de ser la búsqueda de la verdad, para convertirse más bien en un mecanismo de defensa de los derechos del acusado.

Ya hemos dicho que las reglas constitucionales que obligaban a instrumentar el juicio por jurados pueden reputarse derogadas por derecho consuetudinario (*desuetudo*), ante la inacción legislativa, consentida durante siglo y medio por la comunidad, en regularlo. Por lo demás, el lanzamiento del juicio por jurados quedó, por voluntad del constituyente, sometido a la discreción legislativa según el mensaje del art. 118 de la Const. nacional, ya que éste lo pregona "luego que se establezca en la República esta institución". Finalmente, si durante más de ciento cincuenta años la sociedad aceptó el sistema *inquisitivo*, aunque hubiera estado alejado (por vía de hipótesis) de un programa del constituyente, ya se habría operado una sólida mutación constitucional admisoria de él, refrendada por un derecho consuetudinario largamente practicado.

§ 1128. ***Derecho a las etapas mínimas del proceso.*** – Como ingredientes del respeto a la garantía de la defensa en juicio, la Corte detecta la observancia de ciertas formas sustanciales, que comprendan el cumplimiento de cuatro tramos esenciales: *acusación*; *defensa*; *prueba* y *sentencia* ("Casiraghi", *Fallos*, 306:1705, y "Fernández", 308:1386), realizados ante los *jueces naturales* de

la causa. En el ámbito penal, cada fase constituye el presupuesto necesario de la siguiente, de modo que no es posible eliminar una sin afectar la validez de las que la suceden ("Verbeke", *Fallos*, 326:1149).

Con relación a las etapas señaladas, la Corte Suprema ha dicho también que deben enlazarse con los principios de *progresividad* y de *preclusión*, de tal modo que en aras de la seguridad jurídica y de una justicia rápida "dentro de lo razonable", aquellos postulados integran el debido proceso y la defensa en juicio (art. 18, Const. nacional), por lo que no cabe retrotraer los procesos a etapas ya superadas (doctrina de "Mattei", *Fallos*, 272:188, consid. 9, 10 y 14, y "Cacciatori", *Fallos*, 323:1250).

§ 1129. *Acusación.* – La acusación penal tiene que ser *clara*, vale decir, tiene que "describir con precisión la conducta imputada", para que el acusado pueda desplegar con plenitud su derecho a ser oído y ofrecer prueba en su descargo ("Crudo", *Fallos*, 312:540).

Por tanto, se afecta la garantía constitucional de defensa en juicio si se condena a alguien por un hecho por el cual no se lo acusó en la requisitoria fiscal ("Cardozo", *Fallos*, 310:396; "Weissbrod", *Fallos*, 312:597; "Pérez", *Fallos*, 315:2766, y "González", *Fallos*, 315:1811, con referencia incluso a la jurisdicción militar). En definitiva, un tribunal puede *calificar* los hechos de modo distinto al solicitado por la fiscalía, por ser esa tarea propia de los jueces de la causa, pero la condena no se puede basar en *hechos* distintos de los que fueron materia del debate ("Orozco", *Fallos*, 280:135).

La doctrina de la Corte Suprema (v.gr., en "Tarifeño", 29/12/89, *LL*, 1995-B-32) se inclinó a sostener que si el fiscal reclamaba la absolución del acuerdo, no era posible dictar la sentencia condenatoria.

Ahora bien, en "Santillán" (*Fallos*, 321:2021), la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que aunque el fiscal hubiese pedido la absolución del imputado, eso no quita imperio al tribunal de la causa para dictar una condena, si ella es también requerida por el querellante particular, a quien la ley procesal le reconoce igualmente el derecho a formular acusación en sede penal.

Posteriormente, en "Marcilese", la Corte Suprema sostuvo que la autoridad de sus fallos precedentes debía ceder ante la comprobación de la inconveniencia de mantenerlos, y destacó que, si había mediado acusación fiscal, la posterior solicitud de absolución del Ministerio Público no le impedía al tribunal del caso condenar, dado que no resultaba lógico que el fiscal, sin control alguno, pudiese decidir así la suerte del proceso ("Marcilese", *Fallos*, 325:2005).

Sin embargo, más tarde, en "Mostaccio" (*Fallos*, 327:120), siguiendo las directrices de "Cáseres" (*Fallos*, 320:1891), entendió que la demanda de absolución por el fiscal impedía pronunciar un veredicto condenatorio a una persona acusada penalmente. En igual sentido, "Agüero", *Fallos*, 327:3087.

La evaluación de esta cambiante jurisprudencia depende de la postura ideológica del intérprete. Desde un ángulo garantista insuflado de la filosofía liberal que campea en el art. 18 de la Const. nacional, resulta apropiado que, si hay pedido de absolución fiscal, no es viable la condena, salvo que mediare ese requerimiento por parte del querellante. Compartimos, así, la tesis de "Santillán", antes señalada.

En "Quiroga" (*Fallos*, 327:5863), la Corte destaca que conforma al principio de legalidad procesal, la función de acusar y la de juzgar no deben estar en el mismo funcionario.

§ 1130. *Derecho a la defensa.* – El precepto constitucional de que es "inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos" se ha concretado en las pautas jurisprudenciales que veremos a continuación.

a) *Derecho a ser oído.* Es la primera manifestación del ejercicio del derecho de defensa y debe ser practicado en la oportunidad y forma prevista por las leyes de procedimiento ("Ibarguren de Duarte", *Fallos*, 307:1487).

El derecho a ser oído involucra el de estar presente en el proceso, lo que excluye el dictado de sentencias *in absentia*, o en rebeldía ("Fabbrocino", *Fallos*, 323:3699).

b) *Derecho a elegir defensor.* Aunque se le ofrezca a un acusado un defensor oficial inteligente, diligente y recto, aquél puede escoger siempre a uno de su confianza, libremente, "porque solamente la parte interesada es dueña de las condiciones en que,

dentro de las normas reglamentarias, deben ser alegados y probados sus derechos, tanto más cuanto éstos son, como en el juicio criminal, los esenciales de vida, libertad y honor" ("Paz", *Fallos*, 279:91). Por lo demás, el derecho a nombrar defensor comprende el de comunicarse libre y privadamente con él (Fabbrocino", *Fallos*, 323:3699).

Cuando no se provee la designación de un profesional para la asistencia en un proceso, se vulnera la garantía constitucional de defensa en juicio en las causas penales e incluso ante tribunales administrativos. Pero si se admite –según el procedimiento– la renuncia a la asistencia letrada, tal dimisión no se puede presumir sino que debe resultar de un acto inequívoco de voluntad ("De Corbalán", *Fallos*, 304:830, y "Sueldo", *Fallos*, 306:821).

El derecho a escoger defensor rige, después de la sentencia dictada en "Ramón López" (Corte Suprema, 6/3/07), también en los procesos a los que sean sometidos militares, incluso por actos cometidos en sus funciones como tales.

c) *Obligatoriedad del defensor letrado.* En "Avenida Independencia" (Fallos, 308:1557), la Corte Suprema señaló que si el Estado acusa por medio de un fiscal letrado, el acusado debía estar también asesorado jurídicamente. Surge así la exigencia de la defensa obligatoria, en el ámbito penal, por lo que si los procesados, al formular sus descargos, no tuvieran asistencia letrada ni se les hizo saber su derecho a contar con dicho auxilio, corresponde absolverlos, por aplicación de los principios de progresividad y preclusión, cuyo propósito es que los procesos no se prolonguen indefinidamente ("Salgán", *Fallos*, 312:1998).

Lo mismo ocurre si el acusado no es asistido en su indagatoria judicial por el letrado designado con anterioridad al acto ("González", *Fallos*, 298:578).

Al respecto, el verdadero sentido de la imposición del patrocinio letrado (aun en los casos civiles, cuando la norma procesal así lo establece), es el de asegurar la eficaz defensa en juicio, aun contra la pretensión del propio interesado de defenderse por sí mismo. En resumen, la asistencia letrada forzosa no altera el principio de defensa en juicio ("Bugiel", *Fallos*, 305:902).

El tema ha cobrado nuevos bríos a raíz de la jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) de documentos internacionales como el

Pacto de San José de Costa Rica (art. 8º, inc. 2, *d*) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, inc. 3), que aseguran al acusado el derecho a defenderse *personalmente*. La manera de compatibilizar estas normas con las que imponen la asistencia letrada puede estribar en asegurar al inculpado su defensa personal, sin perjuicio de dar también intervención a un abogado que pueda contribuir a hacerla más eficaz. En caso de conflicto entre la voluntad del acusado y la de su defensor, debería prevalecer la del primero.

d) *Defensa eficaz.* En el ámbito penal, no basta con que se haya satisfecho *formalmente* la designación de un defensor letrado, y que éste haya podido actuar. La jurisprudencia de la Corte demanda un mínimo de ejercicio útil e idóneo de tal defensa, cosa que debe asegurar el propio Estado (doctrina de *Fallos*, 308:1386), incluso ante la desatención del defensor privado ("Ojer González", *Fallos*, 315:2984).

En "Gordillo" (*Fallos*, 310:1934), la Corte añadió que incluso cabía proteger al imputado de los descuidos de su defensor, y ante la manifestación de éste de no poder fundar los agravios del acusado en un recurso de casación, por no contar con el tiempo material, el tribunal tenía el deber de darle la posibilidad real para ello y, si hubiese sido necesario, reemplazarlo por otro defensor.

Debe subrayarse que el derecho a contar con una defensa jurídica eficaz ha sido aceptado también por la Corte Suprema en el ámbito previsional, motivo por el cual la negligencia del letrado que no acreditó en término la representación que había aducido no puede jugar en contra del derecho del jubilado ("Freigedo", *Fallos*, 315:1314).

§ 1131. ***Derecho a ofrecer y deber judicial de producción de pruebas.*** – En el orden penal, la Corte impone a los magistrados "extremar por su parte la averiguación de los hechos", cuando son importantes para la justa decisión de la causa, y para averiguar la verdad real de lo sucedido. En el ámbito civil, en cambio, la producción de la prueba está en principio confiada a la diligencia de los interesados ("Lagrasta", *Fallos*, 305:1753).

En cualquier fuero, la omisión de diligenciar una prueba solicitada en forma clara, y que podría lograr una decisión favorable a

la pretensión del beneficiario, importa un ataque a su derecho constitucional de defensa ("Augier", *Fallos*, 306:843).

§ 1132. ***Confesiones compulsivas.*** – La Constitución nacional tiene un dispositivo expreso en materia de prueba: nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 18). Se sienta así el principio de *incoercibilidad* de la confesión.

Aunque sea harto opinable, la Corte ha restringido esta garantía al ámbito penal y, por tanto, no impide en la esfera civil que se intime al demandado a formular las manifestaciones pertinentes, según las circunstancias del juicio ("Goyena", *Fallos*, 312:2438), como, por ejemplo, ser citado a absolver posiciones.

Del imperativo constitucional a no ser obligado a declarar en el fuero penal se desprenden las siguientes consecuencias:

a) *Derecho a no declarar.* Hay un derecho constitucional a no prestar declaración ("Schoklender", *Fallos*, 311:345), lo que implica el derecho a no ser sometido a ningún tipo de coacción o amenaza concreta que conspire contra la garantía de declarar libre de presiones ("Agüero Corvalán", *Fallos*, 312:2146); también, a que el silencio no sea tenido en perjuicio de quien se abstiene de declarar.

b) *Prohibición de tormentos y azotes.* La Constitución, de modo explícito, impide "toda especie de tormento y los azotes", tanto como pena (ver § 1162), como –naturalmente– para exigir compulsivamente una confesión. Ya en la Asamblea del año XIII se conceptuó a los tormentos como "invención horrorosa para descubrir los delincuentes" ("Montenegro", *Fallos*, 303:1938).

Con razón, se ha apuntado que la prohibición constitucional de los tormentos y azotes para obtener una declaración, comprende igualmente la tortura psíquica, el uso de narcóticos, la hipnosis (Alcalá Zamora y Castillo, Levene), conductas omisivas como no suministrarle al acusado el calmante que precisa, o aplicar tortura sobre un ser querido (hijos, esposa, etcétera).

c) *Derecho a no prestar juramento.* Las posiciones tomadas bajo juramento son contrarias al derecho constitucional de defensa en juicio, explica la Corte, aun en la esfera civil ("El Atlántico", *Fallos*, 281:177). El juramento es conceptuado, en resumen, como una coacción moral sobre el confesante ("Montenegro", *Fallos*, 303:1938), salvo, entendemos, que libremente quiera prestarse.

§ 1133. ***El acusado como "sujeto" y como "objeto" de prueba.*** – El principio constitucional de prohibición de obligar a alguien a declarar contra sí mismo produce otro resultado: el impedimento constitucional de coaccionar a un acusado a actuar como *sujeto de prueba*, esto es, a operar como *órgano de prueba*. El imputado funciona como sujeto de prueba cuando su conducta es necesaria (vale decir, cuando se le requiere su *colaboración activa*) para realizar ciertas diligencias probatorias, como, por ejemplo, confeccionar un cuerpo de escritura (Maier, Gullco).

La situación es discutible cuando el imputado actúa como *objeto de prueba*, es decir, si solamente realiza una *colaboración pasiva*. Tal sería el caso de identificación del acusado, extracción de sangre, reconocimiento del inculpado en rueda de presos, lavajes estomacales, exámenes corporales, etcétera.

Con relación al reconocimiento en rueda de detenidos, la Corte Suprema admitió la constitucionalidad de ese procedimiento, realizado en sede policial, siempre que después la diligencia se pudiese llevar a cabo en presencia del juez de la causa ("Sánchez", *Fallos*, 311:2325).

En "H., C. S., y otro" (*JA*, 1996-III-436), la Corte Suprema admitió la prueba compulsiva de extracción de sangre en un proceso penal, por no configurar una práctica humillante o degradante, ni afectar la vida, la salud o la integridad corporal, y porque estaba en juego, además, el derecho a la identidad del menor, reconocido por los arts. 7° y 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que el art. 75, inc. 22, de la Const. nacional declara con rango constitucional. Cabe observar que el examen inmunogenético de histocompatibilidad se dispuso sobre los imputados y la menor.

La Corte Suprema hizo prevalecer el art. 19, que tutela el derecho a la privacidad, y admitió la negativa de una persona mayor de edad a someterse a una prueba de sangre compulsiva, ante la posibilidad de que tal prueba incriminase a sus (hasta entonces) padres legales. La mayoría del tribunal destacó que si esa persona podía, según el Código Penal, encubrir a aquellos progenitores, acusados en un proceso penal, con mayor razón podía negarse a

suministrar su propia sangre para aportar prueba acusatoria. Además, el alto tribunal (según el voto mayoritario) entendió que la extracción de sangre por la fuerza implicaba una verdadera aberración, tesis que –proyectaba a otros casos– podría conducir a la inadmisibilidad de ese medio probatorio ("Vázquez Ferrá", *Fallos*, 326:3758).

§ 1134. ***Pruebas inválidas. Problemática del agente encubierto y del testigo de identidad reservada.*** – Para la Corte Suprema sólo es constitucional la prueba válidamente incorporada al proceso. Por ejemplo, a la sentencia no se la puede fundar en un informe secreto, del cual no se ha enterado el acusado y que, por tanto, no ha podido controlar ("Oxley", *Fallos*, 306:370).

En concreto, el Estado no puede otorgar valor procesal a una prueba obtenida mediante un delito, y apoyar en él una sentencia judicial constituyendo a la justicia en beneficiaria del hecho ilícito ("Gordon", *Fallos*, 311:2045, y *LL*, 1989-B-446). De esta interpretación se desprenden dos reglas.

a) *Doctrina de la exclusión.* Enunciada hace más de un siglo por la Corte Suprema, sostiene que los medios probatorios obtenidos mediante procedimientos condenados por la ley son inadmisibles para fundar una condena, por más que hayan sido logrados con el propósito de descubrir y perseguir un delito ("Charles Hnos.", *Fallos*, 46:36).

b) *Doctrina del "fruto del árbol venenoso" ("fruit of the poisonous tree").* Según ella, son inválidas las probanzas obtenidas, *derivadas* o que sean *consecuencia* de otra obtenida ilegítimamente, en particular en violación de garantías constitucionales. En "Montenegro", la Corte revocó una condena fundada en hechos probados mediante una investigación basada en la confesión extrajudicial del reo, lograda mediante apremios ilegales (*Fallos*, 303: 1938).

En "Francomano" (*Fallos*, 310:19), siguiendo la doctrina de "Rayford" (*Fallos*, 308:733), la Corte entendió que si en el proceso penal hay un único camino de investigación, "y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél" (en este

caso, se trataba de un allanamiento practicado a raíz de una declaración viciada de nulidad).

Las doctrinas "de la exclusión" y del "fruto del árbol venenoso" no siempre han sido aplicadas con igual intensidad por la Corte Suprema.

En "Daray", la Corte Suprema, siguiendo los lineamientos de su similar estadounidense en "Nix v. Williams", dijo que los vicios procesales previos que pudiesen invalidar una prueba, no afectarían a ésta si hay "un curso de prueba independiente", que de todos modos hubiese producido dicha prueba (*DJ*, 1995-2-356, consid. 12). Por ejemplo, apuntamos, si el secuestro policial de un vehículo se deriva de una confesión obtenida bajo apremios ilegales, tal incautación resultaría inválida; pero si por dichos de testigos también se ubica al automotor, el secuestro estaría legitimado por este otro conducto.

En materia de pruebas cuestionables, el tema ha tomado un interés particular con motivo del uso de agentes policiales "encubiertos" (*topos*), los "provocadores", o los testigos de identidad reservada, asunto incluso en parte admitido por la ley 24.424, de represión del tráfico de estupefacientes, con referencia a los *topos*.

Como se anticipó (ver § 915), la Corte Suprema, en "Fernández, Víctor" (*DJ*, 1991-2-637) admitió la validez del empleo de agentes encubiertos, "para la averiguación de los delitos", siempre "dentro de los principios del Estado de derecho", pero descartó una especie de la figura, el "agente provocador", "que sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente".

Las dudas sobre la constitucionalidad de la acción del agente encubierto crecen cuando la ley (art. 31 bis, ley 23.737, según la reforma de la ley 24.424) dispuso que el mismo no será punido cuando "como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito", lo que configura una especie de excusa absolutoria del crimen en el que hubiese participado. Sólo a través de una interpretación ultraevolutiva de la Constitución, muy poco principista y harto pragmática, lindante con la visión de una *living constitution* ("constitución viviente"; ver § 45), puede hallar cobertura constitucional una

disposición normativa como la señalada, explicable siempre y cuando la necesidad de reprimir las actuales modalidades delictivas justifiquen indispensablemente su programación y ella cuente con respaldo en las creencias sociales de la época.

Análogo debate se origina con las manifestaciones de testigos "de identidad reservada" (que deponen anónimamente, sin manifestar quiénes son, para lo cual debe recurrirse a técnicas de encubrimiento de su personalidad), si la ley llega a admitir tal posibilidad.

La manera de compatibilizar la necesidad de mantener el anonimato de agentes encubiertos y testigos (si es que la ley así los programa), por un lado, y el derecho constitucional al debido proceso y a la defensa en juicio de los acusados, por el otro, no es tarea fácil. Una solución contemporizadora podría ser la de asignar a aquellos testimonios un valor relativo (en comparación con los que preste un agente policial o un testigo a cara descubierta), de tipo indiciario. En otros casos habidos en el derecho comparado, quien presta declaración a cara descubierta es, por ejemplo, un superior jerárquico del agente encubierto, que repite las manifestaciones de éste, pero sin revelar su identidad, circunstancia que transforma la deposición de dicho superior en una variable de testigo que transmite lo que un tercero le ha comentado. Ello no tiene, desde luego, el mismo valor probatorio que las manifestaciones directas de un testigo acerca de lo que él hizo o presenció.

§ 1135. ***Acreditación de culpabilidad: principios de presunción de inocencia e "in dubio pro reo".*** – Para la Corte Suprema, el derecho a no ser penado sin juicio previo comprende que nadie sea penado sin que sea culpable de un hecho delictuoso, culpabilidad que debe ser establecida con arreglo a las pruebas producidas y apreciadas en la forma que las leyes prescriban ("Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo", *Fallos*, 275:9; "Raia", *Fallos*, 292: 561; "Acosta", *Fallos*, 295:782, etcétera). En resumen, sobre la base de estas premisas es inconstitucional exigir al acusado que pruebe *no ser autor* o *no ser culpable* del delito que se le atribuye ("Aguirre", *Fallos*, 311:444).

Por ende, también resultan inconstitucionales las presunciones legales de culpabilidad que no admitan prueba en contrario

(dado que la culpabilidad es presupuesto de la responsabilidad penal: "Laboratorios Andrómaco", *Fallos*, 328:1883; por ello, no hay responsabilidad penal meramente objetiva); aunque sí son válidas las presunciones legales sobre la existencia de un delito, siempre que fueren razonables y en tanto se acuerde al inculpado oportunidad de defensa y prueba de descargo ("Sandys", *Fallos*, 313:235).

En definitiva, la Corte ha terminado por reconocer rango constitucional a la presunción de inocencia ("Mozzatti", *Fallos*, 300:1102), por lo que partiendo del *estado de inocencia* sólo cabe reprimir a quien resulte culpable ("Gordon", *Fallos*, 311:2045). No hay responsabilidad penal sin culpa ("Moisés Rozembaum e Hijos", *Fallos*, 284:42).

El Pacto de San José de Costa Rica (art. 8°, inc. 2) dispone por su parte que toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

§ 1136. ***Sentencia. Cosa juzgada.*** – El litigante tiene derecho a contar con una sentencia judicial *firme*, pues la sentencia dictada en forma regular integra, según reiterada jurisprudencia de la Corte, el debido proceso que el art. 18 de la Const. nacional asegura a todos los habitantes del país. Dicho pronunciamiento debe contar con carácter intangible ("Hardoy", *Fallos*, 307:1289), es decir, con fuerza de cosa juzgada.

Cuando se niega al justiciable la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial que resuelva sus pretensiones, se produce un caso de *privación de justicia* o de *estado de indefensión* ("Figueroa", *Fallos*, 303:2063).

La sentencia a que tienen derecho los litigantes no es cualquier pronunciamiento de los tribunales, sino el que importe *una derivación razonable del derecho vigente*; es decir, un fallo *no arbitrario* (sobre los supuestos de arbitrariedad normativa y arbitrariedad fáctica, nos remitimos al § 329; ver, también, § 611, 612 y 835, b).

§ 1137. ***Derecho al conocimiento del delito por el cual se condena.*** – En "Fiscal c/Fantón" (*Fallos*, 312:2370), la Corte Suprema detectó dentro del art. 18 de la Const. nacional un derecho del sentenciado en sede penal: el de saber por cuál delito se lo

condena, circunstancia que obliga al juez del fuero, explica el tribunal, a realizar en su fallo un examen acerca de la participación de cada uno de los procesados en los hechos ilícitos que se consideran probados.

§ 1138. ***Derecho a recurrir. La instancia plural.*** – Es jurisprudencia harto reiterada de la Corte Suprema, que la doble o múltiple instancia no es una exigencia de la Constitución para asegurar el principio del debido proceso (ver § 590; "El Hogar Obrero", *Fallos*, 307:696, y "Travaglio", *Fallos*, 312:195), por lo cual no es inconstitucional establecer topes para conceder un recurso de apelación, en función del monto de lo debatido ("Juiz", *Fallos*, 298:665, y "Juárez", *Fallos*, 301:1066). Es, pues, constitucional que sólo haya una instancia.

Ahora bien, si la ley programa un régimen de doble instancia, en este caso su observancia sí integra el postulado constitucional de defensa en juicio ("Loza", *Fallos*, 303:1929; "Mallmann", *Fallos*, 323:2357, y "Bonorino Peró", *Fallos*, 307:966; en este último se observa incluso que si el justiciable ha incitado la jurisdicción de segunda instancia, se tornaría inconstitucional inhibir su funcionamiento, u omitirla para pasar la causa a una instancia superior, en desmedro de la que establece la ley).

La regla que indicamos regía tanto en el ámbito civil como en el penal.

No obstante, cabe formular dos correcciones a tal directriz. Una respecto de las justicias provinciales, donde según una muy discutible jurisprudencia de la Corte Suprema ("Di Mascio", *Fallos*, 311:2478, consid. 14), cuando en un pleito se debatan temas de derecho federal, el litigante tiene el derecho de llegar al máximo tribunal provincial, aunque la ley o la jurisprudencia no hayan previsto ese camino recursivo. Paradójicamente, esta directiva jurisprudencial no rige para la justicia federal.

La segunda aclaración es que el Pacto de San José de Costa Rica impone, para el orden penal, la instancia plural (el derecho del condenado a apelar ante un juez o tribunal superior) (art. 8°, inc. 2, *h*).

La Corte Suprema, en "Giroldi" (*LL*, 1995-D-461), indicó que esa doble instancia no estaba debidamente tutelada por el mentado

recurso extraordinario, y declaró inconstitucional el art. 459, inc. 2°, del Cód. Proc. Penal de la Nación, en cuanto vedaba al imputado la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal, en razón del monto de la pena.

Actualmente subsisten varios problemas. Por un lado, en el ámbito nacional, y en el de muchas provincias, operan tribunales orales penales de instancia única, cuyas sentencias son revisables sólo en determinados aspectos, generalmente, por vía de un recurso de tipo "casación", circunscripto a menudo a cuestiones de derecho. En rigor de verdad, para cumplir con el Pacto de San José de Costa Rica, la instancia plural sólo se cumpliría si el mentado recurso pudiese abarcar temas de derecho y de hecho. En "Casal" (*JA*, 2005-IV-734), la Corte Suprema así lo ha indicado, en lo que hace a la Cámara Nacional de Casación Penal.

Otra cuestión es la siguiente: como el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, inc. 5) consagran la pluralidad de instancias como derecho humano, en principio, en favor del acusado y como una suerte de garantía para éste, se ha sostenido que el acceso a esa instancia superior corresponde exclusivamente al inculpado (o en todo caso, al ministerio fiscal, pero en favor del acusado), y no al portador de la acción penal, esto es, al fiscal del caso, y menos al querellante o actor civil (Maier, Edwards, entre otros).

Sobre este tema, la Corte Suprema ha resuelto en "Arce" (*LL*, 1998-A-325) que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano, y no para beneficiar a los Estados contratantes, por lo que la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado. Por ello, siendo el Ministerio Público un órgano estatal, no está amparado por las convenciones internacionales para apelar, "sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho" (en igual sentido, "Gorriarán Merlo", *Fallos*, 323:2488, y "Da Canceicao", *Fallos*, 325:503).

En definitiva, para la Corte, la ley procesal puede tanto negar como otorgar al Ministerio Público la facultad de apelar de una sentencia penal, y cualquiera de estas opciones, dice, no es inconstitucional ni viola las convenciones internacionales.

La cuestión de la múltiple instancia penal en la Argentina ha provocado dos discusiones. Una, ha sido el informe 17/94 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que reputó violatorio del art. 8°, inc. 3, h, del Pacto de San José de Costa Rica, el sistema de encausamiento penal en instancia única (por ende, sin apelación ni revisión amplia) propiciado por la ley 23.077 (llamada de defensa de la democracia; ver § 820), reclamo ante el cual el Gobierno argentino prácticamente se allanó (caso "Maqueda", *LL*, 1997-E-515). La Corte Suprema, en "Gorriarán Merlo", reputó en definitiva inconstitucional la referida disposición legal que impedía recurrir el fallo ante la Cámara Nacional de Casación Penal (*Fallos*, 322:2488).

El otro, con motivo del atentado a la Embajada de Israel en Buenos Aires (1992), ha sido el enjuiciamiento penal en instancia originaria y exclusiva de la Corte Suprema, a tenor del art. 117 de la Const. nacional, y que obviamente no permite apelar ante nadie. La duda es si también en este supuesto se viola el referido Pacto de San José.

El tema es opinable, pero cabe concluir que los redactores del Pacto no tuvieron específicamente en cuenta los casos penales de competencia exclusiva de una corte suprema, y que los objetivos de la instancia penal plural (que un "tribunal superior" revise lo decidido por uno inferior) no tienen sentido en tal caso, tratándose –en la Argentina– la Corte Suprema del máximo tribunal del Estado, hipotéticamente el más calificado para sentenciar y, a la vez, el intérprete final de la Constitución.

§ 1139. ***Non bis in ídem.*** – Según la Corte Suprema, del art. 18 de la Const. nacional se desprende la prohibición de la doble o múltiple persecución penal por un mismo hecho ("Pereyra", *Fallos*, 248:232; "Belozercovsky", *Fallos*, 292:202, y "César y Antonio Karam SCICA", *Fallos*, 310:360). Ello importa, asimismo, una efectivización del principio de la cosa juzgada (ver § 1027). Estos otros fallos, el alto tribunal lo ha derivado al principio del non bis in ídem como garantía no enumerada, encapsulada en el art. 33 de la Const. nacional ("Videla", *Fallos*, 326:2805; en este caso, la Corte Suprema enseña que la prohibición de múltiple enjuiciamiento penal requiere identidad de persona, identidad de objeto e identidad de causa de tal persecución).

Tradicionalmente la Corte ha enseñado que el principio non bis in ídem impide no solamente aplicar una segunda pena sobre un hecho ya juzgado, "sino también la exposición a un riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por ese mismo hecho" ("Álvarez", *Fallos*, 328:374, y sus citas). En otras palabras, conduce asimismo a que alguien no padezca otro proceso por la misma causa.

En "Váldez" (*Fallos*, 311:552), el alto tribunal, después de insistir en la misma conclusión, estudió la constitucionalidad del art. 14 del Cód. Penal, en cuanto niega los beneficios de la libertad condicional a ciertos reincidentes. Según la defensa, ello importaba agravar la segunda condena por el hecho de haber mediado una condena anterior; es decir, que el reo sería sancionado dos veces por el mismo hecho, ya que el primer fallo repercutía en el segundo.

Según la Corte, el principio constitucional del non bis in ídem prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena (entendida ella como un dato objetivo y formal), a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que corresponde dar al reincidente (p.ej., negándole la libertad condicional), con relación al segundo delito.

Por lo demás, el principio del non bis in ídem tiene una excepcional correción cuando en ciertos casos es posible reexaminar lo decidido, pero únicamente en favor del condenado, mediante el *recurso de revisión* (ver § 747, b, 3).

En "Sosa", la Corte Suprema proyectó la tesis de "Váldez" al tema de la medida de reclusión, alertando que no es inconstitucional tener en cuenta una anterior condena –"entendida ésta como un dato objetivo y formal"– a los fines de ajustar el tratamiento penitenciario del caso ante un nuevo fallo incriminatorio (*Fallos*, 324: 2153). Reiteró el alto tribunal que el infractor con condena preexistente evidencia un desprecio hacia la pena, lo que justifica una mayor severidad al sancionarse el segundo delito. La reincidencia operaría, de tal modo, como un "pronóstico de recaída" a tenerse en cuenta en la ejecución de la pena, en este caso, con reclusión; pero esta doctrina fue abandonada en "Gramajo" (ver § 1162, f).

§ 1140. ***Situación del acusado durante el proceso.*** – Una aplicación rigurosa del principio constitucional de presunción de inocencia (ver § 1135) llevaría a concluir que antes de existir una condena, el inculpado no podría ser sometido a detención.

Algunos fallos de la Corte Suprema parecen fomentar tal tesis, al señalar, por ejemplo, que el instituto de la excarcelación cuenta con base constitucional, y que no es una simple concesión de la ley procesal penal ("Stancato", *Fallos*, 310:1835). Sin embargo, la propia Corte ha señalado que el derecho de gozar de libertad hasta el momento en que se dicte sentencia de condena no constituye una salvaguardia contra el arresto, detención o prisión preventiva, medidas cautelares éstas que cuentan con respaldo también constitucional, "pues la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma de que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro" ("Viola", *Fallos*, 307: 1615, y "Stancato", *Fallos*, 310:1835). En resumen, para la Corte, el instituto de la excarcelación tiene base constitucional, pero también cuenta con ella el de la prisión preventiva ("Granelli", *Fallos*, 302:345).

Una pauta de la Corte Suprema ha sido advertir que, la denegación de libertad de un acusado no condenado, debe sostenerse en afirmaciones no dogmáticas ni genéricas, sino fundadas, basadas en que el inculpado intentará eludir la acción de la justicia y, por tanto, lograr impunidad, todo ello atento a que el beneficio excacelatorio tiene base constitucional ("Rosa", *Fallos*, 322:2683). En definitiva, el alto tribunal parece inclinarse a admitir la prisión preventiva sólo fundada en la peligrosidad "procesal" del sujeto (sustraerse o perjudicar la acción de la justicia).

Con posterioridad, en "Verbitsky", la Corte Suprema ha puntualizado (siguiendo directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) que la prisión preventiva es la medida más severa que puede aplicarse al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener "un carácter excepcional", ya que se encuentra limitada por la presunción de inocencia ("Verbitsky", *JA*, 2005-IV-612). Por tanto, y en consonancia con el art. 7° del Pacto de San José de Costa Rica, no debe durar más allá de un plazo razonable ni tampoco más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No tiene que importar una pena

anticipada sin sentencia (consid. 47), ni una pena corta privativa de libertad (consid. 62). En síntesis, es admisible sólo cuando es imprescindible (tesis de Concepción Arenal, aceptada en el consid. 23).

§ 1141. ***Derechos procesales del prófugo.*** – Una nutrida jurisprudencia de la Corte Suprema señala que el procesado que voluntariamente se sustrae a la jurisdicción de sus jueces, constituyéndose en fugitivo de la justicia que reclama su presencia, carece de derecho para impetrar el resguardo de garantías ante la autoridad que él mismo ha desconocido, así como también para requerir el cumplimiento de preceptos cuya observancia elude, impidiendo por su propio acto su puntual satisfacción ("Arce Gómez", *Fallos*, 307:1195).

§ 1142. ***El órgano tribunalicio. Imparcialidad e independencia.*** – Como pauta general, la Corte Suprema señala que las garantías constitucionales del juez natural, del debido proceso y de la defensa en juicio imponen que exista un tribunal como *órgano-institución*, establecido por la ley antes del hecho que motiva la causa, como también que haya jueces que, en cuanto *órganos-individuo*, hagan viable la actuación del órgano tribunalicio en las causas en que deba intervenir legalmente ("Bonorino Peró", *Fallos*, 307:966).

En consonancia con el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica, la Corte Suprema ha puntualizado que el juez debe ser *imparcial* e *independiente*, con imparcialidad *subjetiva* y *objetiva*, a fin de evitar todo temor de parcialidad del imputado, por lo que un juez de instrucción no puede operar después en el mismo juicio penal del caso ("Llerena", *Fallos*, 328:1491, y *LL*, 2005-C-557). A su turno, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la exigencia del juez competente, imparcial e independiente rige en todo proceso (penal, civil, laboral, administrativo, juicio político, etc.) donde se determinen derechos y obligaciones (caso "Tribunal Constitucional del Perú").

Continuando la tesis de "Llerena", afirmada por la acord. CSJN 23/05, este tribunal, en "Disier-Fraticelli" (sentencia del 8/8/06), resolvió que un tribunal de alzada que había actuado convalidando un auto de procesamiento, esto es, habiendo pronunciado antes un

juicio de verosimilitud de culpabilidad, no podía después intervenir como órgano de apelación respecto de la sentencia condenatoria (juicio de certeza). Para ello, la Corte se remitió a las reglas mínimas de Naciones Unidas sobre el proceso penal y a pautas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Herrera Ulloa" (sentencia del 2/7/04). Aquí se puntualizó que un órgano judicial que operó por medio de casación y anuló una sentencia condenatoria, más tarde no puede cumplir igual papel casatorio, en la misma causa, ante un fallo absolutorio, en orden a afianzar el criterio de juez imparcial que reclama el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica, en su versión de imparcialidad objetiva. También dijo que si hubiere identidad de órgano en estas dos etapas del proceso, se vulneraría el principio de la doble instancia que impone el mismo art. 8° del Pacto.

En rigor de verdad, el criterio de la Corte Suprema, si bien garantista e insuflado de las mejores intenciones, resulta demasiado escrupuloso. Si un tribunal emitió un juicio de verosimilitud, ello no significa que después, agotado el proceso penal, con todas las pruebas realizadas, no pueda con objetividad analizar nuevamente el caso y pronunciar un veredicto de certeza, que es de distinta naturaleza que el primero. Su resolución anterior no lo ata ni limita en el segundo juzgamiento. Por lo demás, así se entendió pacíficamente durante más de una centuria en el país.

§ 1143. ***Principio del "juez natural".*** – El art. 18 de la Const. nacional advierte que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, ni sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Sienta así el derecho de toda persona a ser juzgada por su *juez natural*.

El propósito de esta norma, según la Corte Suprema, es "asegurar a los habitantes de la Nación una justicia imparcial, cuyas decisiones no pudieran presumirse teñidas de partidismo contra el justiciable, completando así el pensamiento de implantar una justicia igual para todos, que informara la abolición de los fueros personales" ("Sueldo de Posleman", *Fallos*, 310:804, consid. 6°). También tuvo por meta impedir la intromisión del Poder Ejecutivo en la administración de justicia, por sí o mediante la designación de comisionados especiales ("Videla", *Fallos*, 306:2101).

¿Quién es el *juez natural*? En principio, el que reúna estas condiciones: *haber sido designado* conforme a la ley, y *contar con competencia* (también legal) para resolver un caso según la distribución de causas entre la Nación y las provincias ("Ghirardi", *Fallos*, 308:817), todo esto *antes* de que los hechos de la litis hubiesen ocurrido. Pero ambos recaudos cuentan con excepciones razonables.

a) *Excepciones subjetivas.* Son las producidas por muerte, renuncia, jubilación, etc., de un juez, circunstancias que provocan su apartamiento de la causa. Si, en tal supuesto, un nuevo juez asume la función que le correspondía al anterior, "no hay sustracción al juez natural" ("Sueldo de Posleman", Fallos, 310:804, consid. 6°; "Catuzzi", *Fallos*, 310:2184; "Magín Suárez", *Fallos*, 310:2845, consid. 6°, y "Moliné O'Connor", *Fallos*, 326:4745).

b) *Excepciones objetivas.* Éstas se presentan cuando la ley modifica la competencia o jurisdicción de un tribunal, en términos generales. Por ejemplo, un juzgado es suprimido y sus causas remitidas a otro; o un juzgado con dos secretarías se desdobla, y con una de esas secretarías se forma un juzgado más.

En esta hipótesis, según la jurisprudencia tradicional de la Corte, las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia, aun en caso de silencio de ellas, se aplican de inmediato a las causas pendientes (ver § 1120; "Severo Chumbita", *Fallos*, 17:22; "De Molina", *Fallos*, 281:92; "Fernández", *Fallos*, 328:867, etcétera).

Sin embargo, en "Sueldo de Posleman" (*Fallos*, 310:804, consid. 7°), la Corte advierte que puede haber violación al principio del *juez natural*, si una ley, dolosamente, programa una *jurisdicción permanente y general* destinada a sustraer causas al juez preexistente. Dicho de otro modo, puede haber un *detraimiento ilegítimo* de expedientes a un magistrado, aunque eso esté preparado por una ley general. En ese supuesto, inferimos, el interesado deberá acreditar fehacientemente tal ilegitimidad de propósitos de la ley en cuestión, ya que si la Corte presume que el cambio de jurisdicción proviene de una norma general, es en principio legítimo.

§ 1144. ***Principio de la "perpetuatio iurisdictionis".*** – En "Videla" (*Fallos*, 306:2101), la Corte Suprema se preguntó si tal

postulado, que considera que las leyes generales modificatorias de la competencia no se deben aplicar a las causas ya iniciadas, es o no un principio de la Constitución (con anterioridad, en "Grisolía", *Fallos*, 234:482, había dado una respuesta negativa a la cuestión).

El tribunal entendió que la doctrina de la *perpetuatio iurisdictionis* en alguna medida regía como imperativo constitucional inexcusable, si el legislador creaba con efecto retroactivo nuevos recursos tendientes a alterar la cosa juzgada ya producida, en una o varias causas ("Bottet", *Fallos*, 236:677), pero que esta doctrina admite varias excepciones razonables, como, por ejemplo, si existe la imposibilidad material de proseguir un juicio ante un órgano tribunalicio, por haber sido éste disuelto ("Videla", *Fallos*, 306:2101, consid. 15), o cuando el desplazamiento de la competencia de un juez a otro tiene por fin asegurar el respeto a otros principios constitucionales (ver § 1143), o cuando motivos razonables justifican la transferencia de la causa ("Edesur", *Fallos*, 327:1211).

En definitiva, para la Corte el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* tiene en algunos casos raigambre constitucional y en otros no. Tal conclusión es discutible. Como regla, se lo debería entender como una característica propia del debido proceso como garantía de su imparcialidad, debiendo únicamente ceder ante serias razones objetivas o subjetivas que impidan razonablemente cumplimentarlo.

En "Montejano", la Corte ha concluido que conforme al principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, la competencia se determina según las normas vigentes al momento de iniciarse el proceso, lo cual queda fijo e inmutable hasta el final del pleito. Ello no obstante, cuando se sancionan normas que modifican la distribución de la competencia, ellas se aplican de inmediato, incluso a las causas pendientes; pero que ello tiene un tope en el "principio de radicación", cuando el órgano del caso dictó "actos típicamente jurisdiccionales", firmes o no, que importan la decisión definitoria del caso, en tal supuesto el pleito debe continuar su trámite hasta finiquitarlo ante el fuero que pronunció aquellos actos típicos ("Montejano", *Fallos*, 237:5261). El lector podrá advertir que se trata de una construcción jurisprudencial sinuosa, que limita la aplicación de la tesis de la *perpetuatio iurisdictionis* a ciertos supuestos.

§ 1145. ***El juez no natural (inconstitucional).*** – La Constitución nacional y la jurisprudencia han delineado ciertos supuestos de *juez no natural*, vale decir, el que ha ocupado (ilegítimamente) el lugar del *juez natural*, sustrayendo inconstitucionalmente a éste del conocimiento y decisión de uno o más procesos. Cabe, por cierto, añadir otros.

a) *Comisiones especiales.* Según la Corte, son los órganos creados para juzgar una o más causas particularizadas "al margen del Poder Judicial" ("Magín Suárez", *Fallos,* 310:2845, consid. 6°). En este supuesto no solamente se niega el acceso a una justicia *imparcial*, sino a la justicia misma.

b) *Jueces especiales.* Son aquellos que legal o ilegítimamente sustituyen al magistrado que normalmente debía entender en un proceso. "Por regla general caen bajo la prohibición constitucional todos los casos en que por error o por abuso se atribuya poder para juzgar a individuos no investidos por la ley con la jurisdicción para tal género o especie de delitos, y en los que los jueces mismos se atribuyan facultades para entender o decidir en causas no sujetas a su jurisdicción" ("Sueldo de Posleman", *Fallos*, 310: 804, consid. 7°).

c) *Detracciones generales ilegítimas.* Ya nos hemos referido a ellas en el § 1143; se presentan cuando una ley, con fines espurios, quita jurisdicción a ciertos órganos y se la confía a otros, no ya con referencia a un caso específico, sino en términos genéricos (pero con un fin particular: el de sustraer determinadas causas a los primeros y derivarlas a los segundos).

d) *Desfiguración del órgano.* En esta variable no se quita jurisdicción a un tribunal, pero se altera su composición con propósitos tendientes a desvirtuar su imparcialidad. Por ejemplo, si se lo amplía e integra con nuevos magistrados vinculados con un poder o partido determinado; o si se remueve mediante procedimientos espurios a los jueces, y en su lugar se designa a otros cuya ecuanimidad para decidir es dudosa.

§ 1146. ***Sede del tribunal.*** – En materia penal, el art. 118 de la Const. nacional dispone que los juicios por jurados (recuérdese que así se previeron para las causas criminales, según los

arts. 24, 75, inc. 12, y 118, aunque estos preceptos pueden ser considerados derogados por *desuetudo*; ver § 592), tienen que desarrollarse "en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito". Con relación a los crímenes contra el derecho de gentes cometidos fuera de los límites de la Nación, el mismo art. 118 indica que "el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

Hay entonces, una prescripción constitucional de *proximidad* geográfica entre el sitio donde se perpetró un delito, y el lugar donde deba realizarse el proceso (doctrina del *forum delicti commissi*). Todo ello debe acaecer en el interior de la provincia respectiva. No obstante, esa pauta ha sido recortada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, ciñéndola solamente a los delitos conocidos por las justicias provinciales. Así, dijo la Corte que el art. 118 de la Const. nacional no se opone a que la ley atribuya a los tribunales federales una competencia territorial que no coincida con los límites de las provincias ("Hechim", *Fallos*, 285:53).

Para el caso de los crímenes ocurridos fuera de la República "contra el derecho de gentes" (p.ej., crímenes de lesa humanidad, tales como el genocidio, la tortura, o el empleo de armas bacteriológicas), y sometidos a la jurisdicción argentina, la Constitución deja en las manos del Congreso legislar, razonablemente, sobre qué juez federal debe intervenir. Por ejemplo, la ley 48 otorgó competencia para los delitos perpetrados en alta mar a bordo de buques nacionales o por piratas extranjeros, al juez federal del primer puerto argentino al que arribara la nave (art. 3°, inc. 1°).

Con relación a estos delitos "contra el derecho de gentes", tiende a difundirse el llamado *principio universalista*, por el que cualquier Estado podría juzgar al culpable, o el principio *juzgar o dar a juzgar* (*iudicare aut dedere*). Según este último, el Estado que no haya hecho comparecer ante sus tribunales al inculpado de un delito de aquel tipo, tiene que extraditarlo para que otro Estado que requiera al acusado lo juzgue.

El art. 118 de la Const. nacional permite así que los tribunales argentinos enjuicien a acusados de cometer delitos contra el derecho de gentes, perpetrados fuera del país. Bidart Campos, no sin razón, explica que eso obliga también a reconocer competencia a tribunales extranjeros por delitos de esa índole perpetrados en la

Argentina. Nos adherimos a esa tesis, aunque esa competencia está algunas veces regulada por normas de derecho internacional. En efecto, el asunto tiene distinto tratamiento, v.gr., en las convenciones sobre genocidio (art. VI), tortura (art. 5°), o desaparición de personas (art. IV), todas ellas con jerarquía constitucional para la Argentina (art. 75, inc. 22, Const. nacional).

Por lo demás, la Corte Suprema ha advertido que integra la garantía constitucional del derecho de defensa en juicio, el hecho de que el procesado se encuentre alojado en un establecimiento ubicado en el lugar donde se desarrolla el proceso penal, o en un lugar inmediato ("Lambruschini", *Fallos*, 306:2161).

C) Derecho constitucional penal

§ 1147. ***Introducción.*** – La Constitución nacional ha normado diferentes temas de derecho penal que, por considerarlos vitales para la organización y funcionalidad del sistema político, les ha dado rango constitucional.

Estos asuntos penales *constitucionalizados* son: *a*) reglas sobre la definición de los tipos penales, en general; *b*) reglas que definen ciertos tipos penales concretos; *c*) reglas sobre las penas, y *d*) reglas sobre la vigencia temporal y la aplicación de delitos y penas.

La mayoría de estos preceptos está en el art. 18 (ver § 1115), y otros se hallan en los arts. 15, 22, 29, 36, 118 y 119 de la Const. nacional.

§ 1148. ***Principio de legalidad.*** – Deriva de la parte primera del art. 18 de la Const. nacional, cuando dice que nadie "puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley anterior al hecho del proceso*".

El Pacto de San José de Costa Rica añade que "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito" (art. 9°).

§ 1149. *¿Quién determina el delito? Ley penal en blanco.* – La definición del tipo penal y de la conducta punible, según el principio de legalidad, es tarea propia del Poder Legislativo, a tenor de los arts. 18 y 19 de la Const. nacional. Esto atañe al "principio de reserva" de la ley.

La Corte ha dicho, en tal sentido, que la ley del Congreso debe fijar y precisar los *hechos punibles* y las *penas aplicables* ("Cimac SCA", *Fallos*, 304:892, y "Citrex SAIC", *Fallos*, 308: 1224), y que "tal requisito constitucional no se satisface con la existencia de una norma general previa, sino que ésta debe emanar de quien está investido del Poder Legislativo".

Sin embargo, la Corte ha consentido las "leyes penales en blanco", en las cuales las conductas punibles solamente se hallan genéricamente determinadas en la ley, y ésta se remite, para la especificación de esos hechos, a otra instancia legislativa o administrativa. El tribunal señala que "no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida" ("Ufito SRL", *Fallos*, 304:1898; "De Martino", *Fallos*, 307:539, y "Legumbres SA", *Fallos*, 312:1920, consid. 9°).

En la práctica, eso ha significado que el Poder Ejecutivo, pese a lo señalado por la Constitución, describa tipos penales basándose en la doctrina de los reglamentos o *decretos delegados* (ver § 572) que, de hecho, operan a menudo como *leyes* dictadas por delegación del Congreso. La delegación de competencias en materia penal no está actualmente autorizada por el nuevo art. 76 de la Const. nacional.

§ 1150. *Problemática constitucional de los tipos penales abiertos.* – Las normas pueden ser *precisas* o *imprecisas* (Goldschmidt). En las primeras, y con referencia a las penales, tanto el *tipo penal*, como la *consecuencia* (sanción) están clara y perfectamente enunciados. En las imprecisas, el tipo y la consecuencia requieren ser completados por el juez o por el Poder Ejecutivo (p.ej., el magistrado de la causa debe determinar cuándo hay "imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo"; en el caso del autor del homicidio culposo, según el art. 84 del Cód. Penal).

Los *tipos penales abiertos* se ubican entre las normas imprecisas (en cuanto al tipo) e incriminan una gama difusa de conductas. Son muy empleados en regímenes autoritarios y totalitarios (muy afectos a incriminar, p.ej., "actos contra la tranquilidad pública"), que al enunciar así un conjunto indeterminado e indeterminable de comportamientos logran que la mayor parte de los actos humanos puedan o no, a gusto y paladar de los tribunales, ser simultáneamente lícitos o ilícitos.

Los tipos penales abiertos son a menudo sospechosos de inconstitucionalidad, por contravenir los arts. 18 y 19 de la Const. nacional; en virtud de ellos, no hay *ley previa* nítidamente construida por el legislador. No obstante, algunas veces la descripción de ciertos tipos penales es inevitablemente abierta, cuando lo demanda "la naturaleza de las cosas" (Welzel), como ocurre con muchos delitos culposos.

En "Musotto", la Corte Suprema señaló que el concepto constitucional de *ley previa* no implica necesariamente que la figura penal contenga una descripción formalmente agotada, y que no existe óbice constitucional para que el contenido de los deberes y prohibiciones dependa sustancialmente de la valoración que realizará el juez en vista de circunstancias concretas no susceptibles de enumeración previa ("Musotto", *Fallos*, 310:1909).

§ 1151. *Delitos de autor y de sospecha.* – El derecho penal occidental utiliza por lo común la noción de *derecho penal de acto*, sustentada en el *tipo penal de hecho*, ya que sanciona *conductas* o *comportamientos*. En cambio, con la denominación de *derecho penal de autor* se alude a una tendencia legislativa y doctrinal que incrimina no hechos o actos, sino *personalidades*. Así se condena a un individuo por lo que *es*, no por lo que *hace*.

El art. 18 de la Const. nacional propicia la teoría del *tipo penal de hecho*, ya que sólo cabe condenar a alguien por el *hecho del proceso*, según dice tal norma. El delito "de autor", por ende, es inconstitucional ("Gramajo", *LL*, 2006-E-628).

Al mismo tiempo, ciertas legislaciones –generalmente de corte autoritario– estatuyen los *delitos de sospecha*, donde no se condena a alguien por lo que hizo (esto es, por un hecho), sino porque *se supone* que por su conducta cometió o cometerá un delito, aunque éste no se haya realizado o acreditado. También en este

caso se estaría actuando inconstitucionalmente, infringiéndose el mencionado art. 18 de la Const. nacional, que reclama prueba concreta del delito, vale decir, del *hecho* delictivo específico.

En "Salort" (*Fallos*, 308:2236, consid. 7°), la Corte Suprema advirtió también que ciertos edictos policiales recurrían a fórmulas y prohibiciones "que se refieren a formas de vida o al carácter de las personas, con olvido de la *obligación de sancionar conductas*", según lo impone el art. 19 de la Const. nacional.

§ 1152. ***Delitos de peligro abstracto.*** – En "Bazterrica" y en "Capalbo" (*Fallos*, 308:1392 y 1468), la Corte Suprema –por mayoría– reputó inconstitucionales los delitos de *peligro abstracto*.

Estas figuras se caracterizan por incriminar conductas que no generan una situación de probabilidad de daño próximo, sino remoto. Se trata, por ejemplo, de la mera tenencia de estupefacientes para consumo personal (en su momento, art. 6°, ley 20.771 –régimen actual según ley 23.737–), el impedir, estorbar o entorpecer el normal funcionamiento de transportes o de servicios de provisión de agua o electricidad, "sin crear una situación de peligro común" (art. 194, Cód. Penal), etcétera. El argumento de la Corte, en "Bazterrica", es que no cabe incriminar conductas en virtud de eventuales "perjuicios potenciales y peligros abstractos" (voto de los jueces Belluscio y Bacqué), en tanto que el juez Petracchi refirió que "las acciones privadas sólo pueden ser objeto de restricción cuando medie peligro concreto para terceros".

Cabe observar, al respecto, que el art. 19 de la Const. nacional, al referirse a las acciones privadas, indica que en principio ellas no pueden prohibirse ni ser perturbadas por el Estado cuando "*de ningún modo* ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero". Por tanto, si directa o indirectamente pueden generar una situación de daño a la sociedad, nada impide que el legislador, prudencial y razonablemente, instaure una figura penal de peligro abstracto.

Como se sabe, en "Montalvo", la Corte Suprema afirmó la constitucionalidad de la posibilidad, para el legislador, de establecer delitos de peligro abstracto, satisfechos los recaudos de razonabilidad que cualquier figura penal debe cubrir (*LL*, 1991-C-80, consid. 14).

§ 1153. ***Delitos constitucionalizados.*** – Ciertas figuras penales han sido explícitamente incluidas, por distintas razones, en la Constitución.

a) *Compraventa de personas.* Figura descripta en el art. 15: "Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice".

El propósito de la Constitución ha sido enfatizar la prohibición de realizar tales *contratos* (que, por tanto, no podrían ser nunca legales) y el castigo de los culpables. Por eso define los aspectos esenciales del tipo penal, reputándolo muy significativo (lo califica como *crimen*, esto es, una figura agravada, según la concepción de la época), pero no determina qué sanción concreta cabe aplicar, cosa que reserva al legislador ordinario.

b) *Sedición.* Está contemplado, primero, en el art. 22 de la Const. nacional, respecto de "toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste". Sobre el objeto de la norma, ver § 992.

Posteriormente, el art. 127 de la Const. nacional califica como "sedición o asonada" las hostilidades de hecho que haya entre provincias (ver § 663). Tampoco indica la sanción a aplicar. Se trata de una especie, entre otras posibles, del delito de sedición (ver § 674).

c) *Traición a la Patria.* La traición contra la Nación, como la llama el art. 119 de la Const. nacional, "consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado".

El propósito de la Constitución ha consistido en definir rigurosamente el tipo penal de *traición a la Patria*, a fin de impedir su extensión a otras posibles conductas ajenas a las contempladas por el art. 119. Por ello fija estrictamente la figura y la conducta reprimida. En los años previos a la organización nacional (período colonial y gobierno de Rosas), en efecto, era usual rotular como

traidores a la Patria o *a la Nación* a quienes se opusieran o actuasen contra los gobernantes de turno.

Según Ramella, el delito que tratamos no puede ser cometido por extranjeros, a tenor de la Constitución.

Respecto de la sanción correspondiente al delito que comentamos, la Constitución deriva a una *ley especial* su carácter y graduación. Lo hizo, en rigor de verdad, el Código Penal (art. 214).

Sobre la no transmisión de la condena de este delito a los parientes del reo, y consecuente principio de *personalidad de la pena*, nos remitimos al § 1162.

Hemos visto que algunas normas (ver § 820) extienden las penas previstas para los traidores a la Patria, a otros tipos penales. Ello no coincide con el mensaje del art. 119 de la Const. nacional, que precisamente quiere evitar la prolongación de esta figura a otras hipótesis.

d) *Concesión de facultades extraordinarias o suma del poder público.* Está previsto y definido su tipo penal por el art. 29 de la Const. nacional; nos remitimos a lo dicho en los § 733 y 734, donde se inserta la sanción prevista por el art. 227 del Cód. Penal. La Constitución hace una excepción aquí al espíritu de su art. 119, ya que aplica, a los sujetos involucrados en este tipo delictivo, la pena de los traidores a la Patria.

e) *Atentado contra el orden institucional y el sistema democrático.* Esta nueva figura penal fue incorporada por la reforma de 1994 (art. 36).

El tipo penal tiene tres variables. La primera consiste en *interrumpir la observancia de la Constitución por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático.* Es sugestivo que pese a las propuestas de algunos convencionales de ampliar tal tipo, en el sentido de incluir no solamente "actos de fuerza", sino "actos de cualquier naturaleza", tal iniciativa fue rechazada por la Comisión de Redacción, la que entendió que si la lesión al orden institucional se consumaba por vías no violentas, ello tenía remedio "en otros artículos de la Constitución nacional" ("Diario de Sesiones", p. 1490, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4503).

En rigor de verdad, el propósito de este precepto, que apunta hacia el futuro y no hacia el pasado, fue condenar la posible repetición de golpes de Estado en la Argentina ("Diario de Sesiones", p. 1397 a 1399, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4448 y 4449).

La segunda hipótesis incriminada por el actual art. 36 de la Const. nacional es la de, como consecuencia de aquellos actos de fuerza, *usurpar funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias.* El delito estriba, entonces, en asumir inconstitucionalmente tales cargos, pero como efecto de un golpe de Estado. Se trata de funciones previstas en las constituciones referidas, y no alude el precepto a cargos infraconstitucionales.

La tercera conducta castigada es *incurrir en grave delito doloso contra el Estado, que conlleva enriquecimiento*, sea que ello pase durante regímenes *de facto* o *de iure.* Eso importa, según el mismo texto constitucional, atentado contra el sistema democrático y, en concepto, se refiere a la corrupción o "cleptocracia", según el miembro informante del despacho mayoritario ("Diario de Sesiones", p. 1394 y 1398, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4446 y 4450).

En cuanto a las sanciones, el art. 36 contempla las siguientes: *1*) para los autores de la interrupción (por la fuerza) del orden constitucional y el sistema democrático, la pena del art. 29 (que es la correspondiente a los "infames traidores a la Patria"), con más la inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos públicos, dicha sanción no podrá indultarse ni conmutarse; *2*) para los que, como consecuencia del golpe de Estado, usurparen funciones constitucionales, la misma pena del art. 29, con responsabilidad civil y (obviamente) penal de sus actos; tales castigos son imprescriptibles, nada dice aquí la Constitución sobre indulto o conmutación, y *3*) para los autores de graves delitos dolosos que impliquen enriquecimiento ilícito, inhabilitación por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos, no rige aquí la prohibición de indultos o conmutaciones, ni la imprescriptibilidad.

f) *Delitos contra el derecho de gentes.* La Constitución no define sus tipos penales, ni su castigo, en el art. 118 (ver § 1146). Sin embargo, este precepto es importante, máxime teniendo en

cuenta la época en que se dictó, ya que admite, constitucionalmente, la existencia de figuras criminales que lesionan a *todos los Estados*, "delitos contra la comunidad internacional", al decir de Díaz Cisneros (delitos *iuris gentium*, según Lemkin), o, en términos más amplios, a *toda la humanidad*, y habilita para reprimirlos a la jurisdicción federal.

El catálogo de estas figuras se ha ampliado últimamente, sobre todo a partir de la segunda posguerra, especialmente en virtud del *derecho internacional humanitario*. Además de los crímenes de guerra, la trata de blancas y de esclavos, la ruptura de cables submarinos, piratería, etc., se suma ahora el *apartheid* racial, la tortura, el terrorismo, las deportaciones, los secuestros y traslados ilegales, los genocidios, etcétera. El art. 118 de la Const. nacional permite, por medio de una auténtica y provechosa *cláusula abierta*, reputar constitucional la penalización de esos tipos, e incluso *obliga* a incluirlos en el catálogo de los delitos que debe reprimir la Nación. En efecto, dicho art. 118 remite al derecho internacional, o derecho de gentes, sin diferenciar entre el convencional formal y el consuetudinario, la confección del listado de los hechos ilícitos sobre los cuales recae el deber de la República Argentina de juzgar y sancionar.

Cabe sumar a lo dicho la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que describe a este delito (art. 2°), y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, que igualmente tipifica tales figuras (art. I). Ambas poseen también rango constitucional, por decisión del Congreso y según el trámite del art. 75, inc. 22, de la Const. nacional.

En un importante pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia concluyó que la condición de delito "contra el derecho de gentes" involucra a los "crímenes contra la humanidad" y a los "crímenes de guerra", y que ellos pueden ser definidos así tanto por el derecho convencional internacional como por el derecho consuetudinario internacional ("Arancibia Clavel", *JA*, 2004-IV-426). Son perseguibles, por ende, aunque no hubiere una ley nacional explícita que formalmente incriminase esas conductas. La desaparición forzada de personas importa un delito de esa categoría, como la tortura, y resultan imprescriptibles.

En "Simón", la Corte Suprema –continuando directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– añadió que resultaban inválidas las leyes de amnistía que despenalizaren esas figuras, dada su magnitud y significación y el interés internacional en su represión ("Simón", *JA*, 2005-IV-377), y destacó que resultaban delitos imprescriptibles, línea jurisprudencial anticipada en "Priebke" (*Fallos*, 318:2148), sobre los que se aplicaba retroactivamente la declaración de su imprescriptibilidad, no estando amparados ni siquiera por el principio de la cosa juzgada ni por el de no aplicación retroactiva de la ley penal más grave.

En materia de prescripción de delitos internacionales, debe tenerse presente que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que en la Argentina tiene –según vimos– rango constitucional, declara imprescriptibles a los delitos definidos como crímenes de guerra según el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde se cometieron.

En definitiva, para la Argentina, si claramente el derecho internacional público, por vía formal o consuetudinaria, incrimina una conducta como delito contra el derecho de gentes, a partir de ese momento preciso nuestro Estado nacional no está en condiciones de amnistiarlo o prescribirlo.

Sin embargo, si así se resolviera y aceptara en una sentencia judicial, y ella quedase firme (no impugnada idóneamente, entonces, por el Ministerio Público o por quienes estuvieren ligitimados para hacerlo, tanto en el orden local como en el internacional, cuando correspondiere), la cosa juzgada debería amparar esa definición de los tribunales, por elementales razones de seguridad jurídica y de aplicación del principio del non bis in ídem (ver § 1136 y 1139), salvo que en el caso concreto se dieren los supuestos de cosa juzgada espuria o írrita (ver § 611) que descalifican la validez de tal veredicto. No obstante, cabe tener presente que la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, en "Barrios Altos", sostiene que la cosa juzgada no puede válidamente cubrir tales amnistías.

g) *Otros delitos.* La Constitución prevé la existencia de delitos en el ejercicio de ciertas funciones públicas (presidente, vicepresidente, ministros, jueces de la Nación) y de delitos comunes, en el art. 53, pero sin tipificarlos ni establecer su pena (tampoco lo hace en el art. 60). El art. 99, inc. 5, contempla asimismo "penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal", igualmente sin definir el tipo penal y la índole o medida de las sanciones. El art. 118, aparte de los vinculados con el derecho de gentes, alude al *delito* (sin precisarlo) cometido en la Argentina que deberá ser juzgado, en principio, en la misma provincia donde se hubiera cometido (ver § 1146).

§ 1154. ***Prohibición de la interpretación penal analógica y extensiva.*** – De la exigencia constitucional de que por *ley* se definan los tipos penales y las sanciones correlativas se desprende que el juez no pueda crear figuras penales, pues ello es competencia exclusiva del legislador.

Ha dicho la Corte que el principio constitucional de legalidad instaura la prohibición de interpretar *analógicamente* las normas penales ("Legumbres SA", *Fallos*, 312:1920, consid. 18). En síntesis, la Corte entiende que el derecho penal es un sistema riguroso y cerrado, formado por *ilicitudes discontinuas*, que no tolera ningún tipo de interpretación que, por analogía, tienda a completar elementos esenciales de las figuras creadas por la ley ("Usandizaga, Perrone y Juliarena SRL", *Fallos*, 303:1548); esto rige en cualquiera de las ramas del derecho criminal (penal común, económico, tributario, etc.; "Coop. Agropecuaria de Laprida Ltda.", *Fallos*, 305:1092). Del mismo modo, queda constitucionalmente prohibida la interpretación *extensiva* de las figuras penales ("Oliver", *Fallos*, 275:89, y "Sotelo", *Fallos*, 300:291).

En tal sentido, la Corte añadió que la prohibición que tratamos tampoco obsta a la razonable y discreta interpretación de la ley penal tendiente al cumplimiento de los propósitos que la animaron. Para ello se deberá incluir el descubrimiento de la posible intención del legislador, compatible con las palabras que éste

empleó en la norma, comprendidas en el sentido más obvio del entendimiento común ("Cupeiro", *Fallos*, 306:796, consid. 11). En resumen, la exégesis de la ley penal debe determinar su *sentido jurídico*, tarea propia de la judicatura ("SA La Plata Cereal", *Fallos*, 293:130, y "Fer Metal SA", *Fallos*, 307:1114).

§ 1155. ***Ley previa.*** – Como indica el mencionado art. 18, para castigar es imprescindible una norma penal *anterior* al hecho investigado. Según la Corte, esto importa la recepción constitucional del postulado *nullum crimen, nulla pœna sine lege* ("Gerstein", *Fallos*, 311:2721), conforme al cual no puede haber sanciones retroactivas.

La *ley anterior* debe ser una *norma general previa* ("Legumbres SA", *Fallos*, 312:1920), por lo que no serían constitucionales normas *individuales* o *particulares*, previstas intencionalmente para una persona o grupo concreto, que así violarían la regla constitucional de la igualdad (art. 16, Const. nacional).

La misma *ley anterior* que demanda la Constitución para imponer una pena, debe ordenar o prohibir una conducta para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. En resumen, tiene que describir *adecuadamente* un tipo penal ("Oliver", *Fallos*, 275:89, y "Gerstein", *Fallos*, 311:2721). También tiene que determinar, con anterioridad a la comisión de ese delito, la pena a aplicar ("D'Ambra", *Fallos*, 304:849, y "Cimac SCA", *Fallos*, 304:892).

Sobre delitos de lesa humanidad, nos remitimos al § 1153, f.

§ 1156. ***Ley previa y cambios jurisprudenciales.*** – La Corte Suprema entiende que la exigencia de ley previa del art. 18 de la Const. nacional, no impone la inmutabilidad de la jurisprudencia ("Cía. Swift de La Plata", *Fallos*, 291:463).

La tesis es comprensible en un sistema (como el argentino) donde los jueces no están obligados a seguir los precedentes jurisprudenciales (a diferencia, en cambio, del régimen estadounidense del *stare decisis*). De hecho puede provocar problemas; por ejemplo, si los tribunales han entendido durante cierto tiempo que un tipo de conducta no implicaba delito, y en determinado momento cambian de criterio, reputando criminoso al hecho otrora entendido

como lícito. Si una persona actuó durante la primera etapa, en la convicción de estar realizando un acto permitido, y es condenada por los tribunales durante el segundo período, es obvio que el concepto de *ley previa* a la sanción penal no fue para ella respetado.

Al respecto, debe tenerse presente que la Corte Suprema indica que, cuando un tribunal cambia su anterior doctrina, la aplicación en el tiempo de las nuevas directrices debe ser presidida por una especial prudencia, con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance ("Yudi", *Fallos*, 325:1578, y sus citas). El alto tribunal repite aquí la vigencia de la "doctrina de las reglas claras de juego".

Con buen criterio, en "Simón" (*Fallos*, 328:2056), la Corte Suprema entiende que es violatorio del derecho de defensa el pronunciamiento fundado en el viraje jurisprudencial operado a partir de un nuevo precedente, pues desvirtúa la necesidad de que el litigante conozca de antemano las reglas a que deba atenerse al momento de acceder a la instancia revisora.

§ 1157. ***Condena de la ley penal retroactiva.*** – El objeto del art. 18 de la Const. nacional, puntualiza la Corte Suprema, es evitar las leyes penales retroactivas (*ex post facto*), aplicables a hechos anteriores a su vigencia ("D'Ambra", *Fallos*, 304:849).

Por ejemplo, viola el principio de legalidad la sentencia que condena a un procesado por tenencia de estupefacientes, si en el momento de cometerse el hecho atribuido el producto en cuestión no era legalmente conceptuado como tal ("Ríos", *Fallos*, 303:1464). Sobre delitos de lesa humanidad, ver § 1153, f.

§ 1158. ***Admisión de la ley penal retroactiva más benigna.*** Según la Corte Suprema, la prohibición constitucional de aplicar leyes penales con efecto retroactivo sólo comprende a las que impliquen empeorar las condiciones de los encausados ("SA Guillermo Miras", *Fallos*, 287:76; "Magín Suárez", *Fallos*, 310:2845, etcétera).

En resumen, es perfectamente constitucional que el art. 2° del Cód. Penal imponga la aplicación de la ley penal posterior más benigna para el condenado, aun de oficio, sin petición de éste ("Zerbino", *Fallos*, 305:710).

La duda es si existe un *imperativo constitucional* de efectivizar esa ley penal posterior más favorable. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha sostenido que el principio de aplicación de la ley penal más benigna *no es* una exigencia constitucional: el legislador pudo establecerlo (como lo hizo), en el art. 2° del Cód. Penal; pero también pudo disponer la ultraactividad de un régimen más gravoso, reemplazado más tarde por otro más benigno ("Weinzettel", *Fallos*, 302:1626), con lo que también es posible que persista la pena impuesta, según la ley vigente en un momento, aunque esté morigerada más tarde por otra ley, si el legislador así lo dispone.

Sin embargo, el Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional (art. 75, inc. 22), establece: "Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello" (art. 9° *in fine*).

De todos modos, cabe advertir que para la Corte Suprema la aplicación de la ley penal más benigna no significa, por analogía, efectivizar la variación de jurisprudencia penal más benigna ("Albornoz", *Fallos*, 315:276).

§ 1159. ***¿Quién determina la pena?*** – Por lo general, el principio constitucional de legalidad impone que el castigo penal sea fijado por *ley* en sentido formal o estricto, vale decir, por el Poder Legislativo. En "Legumbres SA", la Corte Suprema recordó que es "inadmisible que el Poder que tiene la facultad de legislar, delegue en el Ejecutivo la facultad de establecer sanciones penales por vía de reglamentación de las leyes dictadas por aquél" (*Fallos*, 312:1920).

En el mismo caso que tratamos, la Corte parece sentar la tesis de que la determinación del *tipo penal*, es decir, de la *conducta punible*, puede ser fijada por el Poder Ejecutivo, mediando una previa *ley penal en blanco* en la cual el Congreso haya fijado al presidente de la Nación una clara *política legislativa* (ver § 1149), pero que, en cambio, las *sanciones* tienen necesariamente que ser impuestas por el Congreso. Sin embargo, también en "Legumbres SA", la Corte admite que el Poder Legislativo sólo haya realizado una "determinación abstracta de la pena", y que, como consecuencia de ello, "las normas de menor jerarquía que integran las leyes penales en blanco deben respetar la relación que el legislador ha

establecido entre la conducta prohibida y la pena amenazada" (*Fallos*, 312:1920, consids. 10 y 11).

Conforme a esta doctrina, pareciera que la *ley penal en blanco* cubre los supuestos en que se deja al Poder Ejecutivo completar tanto la descripción del *tipo penal* como de la *pena*, siempre que ella haya sido descripta *abstractamente* por el Congreso.

§ 1160. ***Irretroactividad de la pena.*** – Del principio de legalidad del art. 18 de la Const. nacional se desprende también la necesidad de que en el momento de producirse un hecho delictivo esté prevista una pena; no es posible que después, retroactivamente, una ley la modifique en perjuicio del acusado ("Sportorno", *Fallos*, 181:288; "Cerámica San Lorenzo", *Fallos*, 311:2453, y "Gerstein", *Fallos*, 311:2721).

Por lo demás, el principio de irretroactividad de la pena cede cuando la nueva sanción es más benigna que la impuesta al condenado (ver § 1198).

§ 1161. ***Actualización de multas.*** – A raíz del proceso inflacionario, los montos nominales impuestos a ciertas figuras penales quedaron estacionados en valores ínfimos.

La ley 21.898 previó en su art. 10 la actualización de esos valores nominales para infracciones aduaneras, incluso para hechos cometidos con anterioridad a la sanción de tal ley. El precepto aludido fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema ("D'Ambra", *Fallos*, 304:849), pero reputado ahora constitucional por el mismo tribunal, con nueva integración ("Bruno Hnos.", *Fallos*, 315:923). El último razonamiento de la Corte se basa en que la indexación de una multa no la hace más gravosa, sino que traduce en valores nominales el monto real que debiera pagarse, todo ello frente al envilecimiento de la moneda (doctrina de "Unión Gremial de Trabajadores Sanitarios", *Fallos*, 299:146). Otras leyes han previsto indexaciones de multas (v.gr., art. 45, ley 23.737).

§ 1162. ***Problemas constitucionales de las penas.*** – La Constitución nacional expresa algunas directrices respecto de ciertas sanciones penales. A su vez, la jurisprudencia ha añadido otras consideraciones.

a) *Penas prohibidas por la Constitución.* El art. 18 impide la pena de muerte para las causas políticas (nos remitimos al § 875, donde hemos tratado este punto). El mismo artículo prohíbe "toda especie de tormento y los azotes", ya como técnica para obtener pruebas, ya como sanción penal (ver § 1132). El art. 17 condena, asimismo, la pena de confiscación (ver § 1034).

El Pacto de San José de Costa Rica prohíbe, por su parte, la prisión por deudas, pero no en caso de mandatos judiciales derivados del incumplimiento de deberes alimentarios (art. 7°, inc. 7); aunque la Argentina hizo la salvedad, al ratificar el tratado, de que el art. 7°, inc. 7, debe interpretarse en el sentido de que "la prohibición de la 'detención por deudas' 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 anterior independiente".

b) *Principio de personalidad de la pena.* El art. 119, parte 2ª, de la Const. nacional, con referencia al delito de traición a la Patria, dispone: "El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado".

Tal tesis se proyecta a cualquier otro tipo de delito tanto porque el espíritu del art. 119 es establecer una regla general de no transferir el castigo de los culpables a sujetos inocentes (Bidart Campos), como porque no hay responsabilidad penal sin culpa (ver § 1135). Por lo demás, el Pacto de San José de Costa Rica declara que "la pena no puede trascender de la persona del delincuente" (art. 5°, inc. 3).

c) *Suspensión de jubilaciones, pensiones o retiros.* El art. 19, inc. 4°, del Cód. Penal determina que la inhabilitación absoluta pronunciada en sede penal provoca "la suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión". La norma agrega que el tribunal, por razones de carácter asistencial, podrá disponer que la víctima o los deudos a cargo de ésta concurran a cobrar hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión.

En "Aladro", la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, reputó parcialmente inconstitucional el citado precepto (*DJ*, 1987-2-1009). Hemos sostenido, al comentar ese fallo, que al constituir la jubilación, pensión o retiro un derecho constitucional adquirido, según el art. 14 bis (ver § 1027 y 1095), mal puede el Estado quitárselo al beneficiario, so pretexto de haber cometido éste un delito. Ello importaría, además, una especie de confiscación de bienes, igualmente interdicta por el art. 17 de la Const. nacional (ver § 1034).

d) *Penas irrazonables.* Como cualquier norma, la que establece pena debe responder a parámetros de razonabilidad (ver § 1183) y ser respetuosa de la dignidad humana del condenado (§ 888).

El criterio de la Corte Suprema, en este punto, es que corresponde al Congreso incriminar ciertos actos, desincriminar otros y disponer discrecionalmente las sanciones penales del caso ("Andrade", *Fallos*, 11:405, y "Oliver", *Fallos*, 275:89), sin estar autorizados los jueces a inmiscuirse en la conveniencia, oportunidad o acierto del criterio fijado por el legislador ("Jiménez", *Fallos*, 257:127, e "YPF", *Fallos*, 301:341).

Sin embargo, hay un control judicial de la constitucionalidad de las penas, que la Corte Suprema enuncia así: a tenor del art. 18 *in fine* de la Const. nacional quedan prohibidas las penas crueles o mortificantes; y también, por irrazonabilidad, las que resultan desproporcionadas si se compara su monto con la falta cometida; esto es, las que "expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de los bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana" ("Pupelis", *Fallos*, 314:424, y "P., M. C.", *ED*, 143-297).

e) *Disminución de penas. El "arrepentido".* Lo previsto por la ley 24.424, modificadora de la ley 23.737, concerniente a la represión del tráfico de estupefacientes, incorpora la figura del "arrepentido", vale decir, del sujeto que habiendo cometido un delito colabora con la justicia en la investigación de éste, aportando datos relativos a la identidad de los copartícipes, información que permita secuestrar material delictivo, etcétera. La ley permite reducirle la pena del caso, y aun eximírsela.

La constitucionalidad de esta figura ha sido objetada por varias razones (Montoya). Una, por implicar una desigualdad de trato (favorecimiento del arrepentido), en comparación con los demás autores del acto ilícito. Desde otra perspectiva se ha dicho que vulnera la regla del debido proceso, en el sentido de que importa una suerte de presión para que una persona declare contra sí misma a fin de lograr, en definitiva, una pena mucho menor a la ordinaria. Algunos la han visto como un incentivo a la delincuencia o una suerte de "compra de impunidad", poco compatible con la moral pública que la Constitución tutela en su art. 19.

Interpretada la Constitución con criterios clásicos, el instituto del arrepentido no se compadece con ella. Sin embargo, una visión dinámica del texto constitucional, destinada a adaptarlo ante nuevas situaciones y problemas, alerta que en diversos países (entre ellos, los Estados Unidos de América, con un techo constitucional semejante al nuestro), aceptan modalidades más o menos análogas. Además, un documento con rango constitucional (la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas).

El tema de la reducción de las penas se conecta con la posibilidad de celebrar "pactos sobre penas" entre el ministerio fiscal (según el llamado "principio de oportunidad" en el manejo de la acción penal) y los acusados, alternativa prevista en el "juicio abreviado" del actual Código Procesal Penal de la Nación. Ferrajoli califica de "intercambio perverso" a ese mecanismo, que violaría un derecho procesal garantista y significaría "un premio a la colaboración con los acusadores". Dentro de ciertas pautas legales, sin embargo, con control judicial y con el objeto de lograr soluciones realistas y eficaces, tales pactos no resultan necesariamente inconstitucionales, incluso planificados por cada provincia, dentro de los márgenes de máximos y mínimos de las penas previstos por el Código Penal.

f) *Incremento de penas o de medidas de seguridad por reincidencia.* Sin perjuicio de lo ya señalado en el § 1139, débese recordar que para la Corte Suprema el instituto de la reincidencia, a fines de agravar la última pena que se aplica a un condenado, no viola el principio constitucional del non bis in ídem. En "Gramajo" (*LL*, 2006-E-628), la Corte Suprema abandonó su jurisprudencia previa y determinó que la disposición del art. 52 del Cód. Penal,

que establece el agregado de la reclusión para los multireincidentes, es una pena (en el caso) inconstitucional, ya que castiga a alguien no por el delito por el que se lo juzga, sino por lo que esa persona es (derecho penal "de autor" –§ 1151–), y en virtud de otros delitos que ya cometió y purgó. Tal criterio, no obstante su seria fundamentación, es discutible en consonancia con anteriores pautas del tribunal ("Sosa", *Fallos*, 324:2153), no es ajeno al sentido común, al establecerse por la ley la pena por el último delito, valorar la conducta anterior al delincuente y agravar prudentemente la sanción, si ha reincidido en su comportamiento criminoso. En el caso, no se está castigando a alguien por lo que "es", sino por lo que "han hecho" (derecho penal "de acto").

§ 1163. ***La pena privativa de libertad. Régimen carcelario.*** – La última parte del art. 18 de la Const. nacional afirma: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

La norma se refiere, en principio, al sentido y condiciones de efectivización de la pena privativa de libertad que se cumpla en una cárcel, pero de ella se desprenden secuelas aplicables también a otro tipo de penas.

La primera directriz, en efecto, concibe a la pena como *no castigo*. Excluye la concepción de la sanción penal a título de *venganza*, así como el sadismo penitenciario.

El fin constitucional de las penas, por ende, apunta forzosamente a lograr la reforma y readaptación del condenado, como lo dispone el art. 5°, inc. 6, del Pacto de San José de Costa Rica, e indicaba el art. 29 de la Const. de 1949 (éste se refería a la *reeducación social* de los detenidos).

En definitiva, conforme al actual desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema, queda claro cuanto sigue: *a*) el objetivo superior del sistema penitenciario es la readaptación social del detenido; *b*) es obligación del Estado la adecuada custodia del privado de su libertad, lo que implica el respeto de su vida, salud e integridad física y moral, y *c*) la falta de cumplimiento de los fines constitucionales y las obligaciones que ellos generan, por parte del Estado,

imponen la obligación de reparar el daño que se cause a los internados ("Badin", *Fallos*, 318:2002, y "Verbitsky", *JA*, 2005-IV-612).

Tales objetivos en torno de las penas, que parten de priorizar entre sus metas la reinserción social del delincuente, tornan discutible el sentido de ciertas sanciones restrictivas de la libertad, como la "cadena perpetua", o prisiones prolongadas para sujetos de edad muy avanzada, o con enfermedades terminales.

§ 1164. ***Trabajo forzoso en las prisiones.*** – Distintos preceptos del Código Penal (arts. 6°, 7° y 9°) aluden al trabajo obligatorio, impuesto junto con la *pena* de reclusión perpetua o temporal, y también con la de prisión. Sin embargo, la ley penitenciaria nacional 24.660 señala que el trabajo es una de las bases del tratamiento y la formación del interno (art. 106).

El art. 6°, inc. 2, del Pacto de San José de Costa Rica establece que "nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio", pero acto seguido, añade: "En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido".

§ 1165. ***Indemnización por privación ilegítima de la libertad.*** – Este nuevo derecho surge explícitamente de algunos de los instrumentos internacionales con rango constitucional, como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 10), respecto de las personas condenadas en sentencia firme por error judicial, o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9°, inc. 5), para toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa.

Interpretadas estas normas según su texto, se advierte que la primera se refiere solamente a personas que hubieren sido *condenadas* por una sentencia errónea, o a sujetos arrestados *ilegalmente*, con lo que, en principio, no estarían incluidos, por ejemplo, los individuos detenidos según las reglas procesales vigentes, pero que más tarde fuesen sobreseídos o absueltos, sin llegar a un fallo condenatorio. El art. 488 del Cód. Proc. Penal de la Nación, por su parte, indica que la sentencia de la que resulte la inocencia de un

condenado podrá pronunciarse, a pedido de parte, sobre los daños y perjuicios derivados de una condena, los que serán reparados por el Estado siempre que el detenido no hubiese contribuido con su dolo o culpa al error judicial.

§ 1166. *Fuentes internacionales constitucionalizadas.* – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con las garantías procesales y penales, y también, algunas veces, describen ciertos delitos penales, que quedan así constitucionalmente tipificados.

a) *Derechos procesales y penales.* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XVIII, XXV y XXVI), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 5°, 8° a 11 y 14), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6° a 11, 14 y 15), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 5° y 6°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 5° a 10); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2° y 6°), Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 15) y Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 9°, 37 y 40).

b) *Enunciado de tipos penales y de su enjuiciamiento.* Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Preámbulo, arts. I a VIII), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 4°), Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (arts. 1° a 14 y 16), Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (arts. I a XII) y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Preámbulo, arts. I a IV).

Capítulo XXXIV

DERECHOS POLÍTICOS

§ 1167. *Introducción.* – La Constitución de 1853-1860, siguiendo las pautas de legitimidad política propias de su época, no programó una democracia *participativa* (en el sentido de que la comunidad intervenga en la adopción de las decisiones políticas), sino *representativa* (por cuanto dejaba el gobierno en manos de los elegidos por el pueblo, como son los diputados; ver § 340). Por ello, no enunciaba la totalidad de los derechos *políticos* de los habitantes. Muchos eran implícitos, derivados del art. 33 del texto constitucional, o fueron elaborados por el derecho consuetudinario constitucional posterior.

Entre ellos figuran los de reunión, constituir partidos políticos, sufragar, ser elegido, expresarse políticamente y de resistencia a la opresión.

La reforma constitucional de 1994, adherida a una visión más actualizada del concepto de democracia (en el sentido de tornarla más participativa), enunció formalmente una serie de derechos en los nuevos arts. 36 a 40, partiendo del supuesto de garantizar "el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia" (art. 37).

El art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica, bajo el título de *derechos políticos*, indica: "Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: *a*) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de re-

presentantes libremente elegidos; *b*) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y *c*) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país". Añade el inc. 2 de este mismo artículo: "La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal".

§ 1168. ***Derecho de reunión.*** – Nos remitimos al § 980 y ss. en cuanto a este derecho, inferido del art. 33 de la Const. nacional (derecho no enumerado).

Baste citar aquí, con relación a las reuniones políticas, que el mencionado derecho, dentro del marco de la Constitución de 1949, fue negado a los comunistas extranjeros que residían en el país, "pasibles de expulsión por sus actividades disolventes", argumentando la Corte que aquel derecho estaba pensado "para salvaguardia de las libertades argentinas y no para su aniquilamiento" ("Amador Spagnol", *Fallos*, 191:388).

§ 1169. ***Libertad de expresión política.*** – Desde luego, este derecho es una consecuencia del principio constitucional de libertad de expresión aunque adquiere ribetes más intensos en el ámbito de los mecanismos de acceso al poder, renovación y crítica de las autoridades perfilándose como un *derecho sistémico*, indispensable para la funcionalidad del régimen democrático. Remitimos al lector al § 935 y siguientes.

§ 1170. ***Derecho-deber de votar.*** – Está enunciado en el actual art. 37 de la Const. nacional, cuando puntualiza que "el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio", y también en el art. 45 –que se refiere a la integración de la Cámara de Diputados–, el cual expresa que ella se compone "de representantes *elegidos directamente por el pueblo*". El art. 94 añade que el presidente y el vicepresidente de la Nación "serán elegidos directamente por el pueblo".

Recordemos, por lo demás (ver § 421 y 422, a los que nos remitimos *in extenso*, especialmente en cuanto al desarrollo jurisprudencial del tema), que el sufragio es tipificado constitucionalmente como universal, igual, secreto y obligatorio, lo que importa concebirlo como un derecho-deber (opinión del convencional Guerrero, por el despacho mayoritario, "Diario de Sesiones", p. 4367, *Obra de la Convención Constituyente 1994*, t. VI, p. 6032).

En "Ríos" (*Fallos*, 310:918), la Corte Suprema reconoció base constitucional al derecho de sufragar, y le dio naturaleza jurídica de *función pública*.

Nos remitimos, por lo demás, al régimen vigente (ver § 421 y siguientes). El Pacto de San José de Costa Rica, según se apuntó, exige que el sufragio sea universal, igual y secreto.

§ 1171. ***Derecho a ser elegido.*** – También hay un derecho a *ser elegido*, deducible, por ejemplo, del art. 45 de la Const. nacional, que habla de "representantes *elegidos* directamente por el pueblo" y del art. 37, cuando sienta el principio de igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres "para el acceso a cargos electivos y partidarios". La reglamentación de tal derecho deberá, asimismo, respetar la pauta de razonabilidad, por lo cual resultan inconstitucionales las proscripciones arbitrarias, inequitativas o ilegítimamente discriminatorias.

El Pacto de San José de Costa Rica, en términos más explícitos, regula el derecho al acceso, "en condiciones generales de igualdad", a las funciones públicas (art. 23, inc. 1, *c*). En "González Ruso", la Corte Suprema señaló que esa norma no da a la garantía de la igualdad un alcance más amplio que el asignado por el art. 16 de la Const. nacional (*Fallos*, 311:970).

Pero el Pacto de San José de Costa Rica no incluye, al decir de la Corte Suprema, necesariamente el derecho de quien desempeña una función a postularse a una reelección, quedando a cargo de las normas reglamentarias (en este caso, una constitución provincial) admitir o no esa posibilidad ("Partido Justicialista de Santa Fe", *DJ*, 1995-2-637). En cambio, el Pacto sí ampara el procesado (no condenado) que desee postularse a una elección (ver § 421).

§ 1172. ***Derecho a constituir partidos políticos.*** – En "Ríos" (*Fallos*, 310:819), la Corte Suprema definió a los partidos como "necesarios para el desenvolvimiento de la democracia representativa", que coexisten como fuerzas de cooperación y oposición para el mantenimiento de la vida social. Concebidos como *instrumentos de gobierno*, sin los cuales no se puede imaginar la vida política de la sociedad contemporánea, la Corte les asigna estos fines: *a*) reflejar los intereses y opiniones de los ciudadanos; *b*) actuar como intermediarios entre el gobierno y las fuerzas sociales, y *c*) preseleccionar a quienes nos deben gobernar.

En "Alianza Frente para un Nuevo País", la Corte Suprema subrayó que los partidos son necesarios para el desenvolvimiento de la democracia representativa, y que coexisten como fuerzas de integración y de oposición para el mantenimiento de la vida social, convirtiendo las tensiones sociales en normas jurídicas (*Fallos*, 326:1778). Sobre el régimen legal de los partidos políticos, ver § 342.

El nuevo art. 38, párr. 2°, de la Const. nacional reconoce explícitamente el derecho a crear partidos políticos, a los que reputa, como hemos anticipado, "instituciones fundamentales del sistema democrático".

Respecto de la estructura y operatividad de los partidos, cabe remitirse al § 343 a 349 y 1016.

§ 1173. ***Proscripciones políticas.*** – El decr. 3855/55 disolvió al Partido Peronista en sus dos ramas (masculina y femenina), "en virtud de su desempeño y vocación liberticida", circunstancia que le impidió presentarse en las elecciones de 1957, 1958 y 1963. El decr. ley 4161/56 imputó al mismo partido "engañar a la conciencia ciudadana", mediante el empleo de imágenes, símbolos, signos y obras artísticas. En consecuencia, prohibió –entre otros actos– la utilización "de la fotografía, retrato o escultura de los funcionarios peronistas o sus parientes, el escudo y la bandera peronista, el nombre propio del presidente depuesto, el de sus parientes, las expresiones 'peronismo', 'peronista', 'justicialismo', 'justicialista', 'tercera posición', la abreviatura 'P.P.', las fechas exaltadas por el régimen depuesto, las composiciones musicales denominadas 'Marcha de los muchachos peronistas' y 'Evita capitana', o fragmentos de las mismas" (art. 1°), penando "con prisión de treinta días a seis años y multa" a quien infringiere el citado decreto (art. 3°).

En "Bustos Núñez" (*Fallos*, 240:223), la Corte Suprema atendió la impugnación de inconstitucionalidad del decr. 4161/56. En resumen, concluyó "que no resulta de los términos del decreto impugnado y de las circunstancias de hecho, que las limitaciones del derecho de expresión que aquél establece sean arbitrarias o que constituyan medios irrazonables para alcanzar los fines esenciales de la revolución [de 1955]".

Con posterioridad, la ley 17.401 prohibió el Partido Comunista y también el comunismo en todas sus manifestaciones, norma convalidada por la Corte Suprema ("Gómez", *Fallos*, 283:83).

En definitiva ("Partido Obrero", *Fallos*, 253:133), la Corte concluyó que los partidos políticos subversivos ponen en peligro la subsistencia de las instituciones democráticas, por lo que es lícito que el Estado adopte con ellos una solución prohibitiva, para evitar el riesgo de que desaparezca la genérica libertad de todos.

La evaluación de esta jurisprudencia parte de un supuesto inicial: que es legítima la reglamentación de todos los derechos, incluso el de asociarse con fines políticos ("Partido Obrero", *Fallos*, 253:133).

En tal sentido, recordamos lo señalado en el § 343: un partido *reformista*, que proponga incluso sustituir el régimen constitucional, ejercería el derecho al disenso que caracteriza a toda democracia, en cuanto postule tal cambio conforme a los procedimientos previstos en la misma Constitución. Suprimirlo o retacear su actuación resultaría inconstitucional. Pero un partido *antisistémico*, que postule y practique una sustitución de régimen de modo inconstitucional (p.ej., mediante la violencia), no tiene asidero lógico en una democracia sensata. En este último caso, el partido y su propaganda son inconstitucionales, y nada obstaría a su exclusión. Idéntica conclusión corre para los partidos que nieguen los derechos personales derivados del derecho natural (superiores a cualquier constitución y pueblo, según el art. 33 de la Const. nacional; ver § 859), o del derecho supranacional (p.ej., del derecho internacional humanitario), porque en tal caso se postularía el apar-

tamiento de la Argentina de la comunidad internacional y del derecho internacional de los derechos humanos obligatorio inexorablemente para nuestro país (*ius cogens*).

Desde luego, las interdicciones incluidas en el decr. ley 4161/56 resultarían impensables y, naturalmente, inconstitucionales. Se insertan en un amargo y largo período (cubre varias décadas) de recíproca intolerancia que dividió hondamente a la sociedad argentina, y de hecho son una dura respuesta a otro grupo de normas (ver los § 733 *in fine* y 808; ley 14.031, etcétera), también inconstitucionales. En resumen, el recuerdo de todo este triste paquete normativo vale para asumirlo como una página irrepetible del derecho constitucional local.

§ 1174. ***Derecho de iniciativa popular de leyes.*** – El ejercicio de este derecho no es a título individual, sino de un conjunto de ciudadanos, según el art. 39 de la Const. nacional (ver § 434).

§ 1175. ***Derecho de resistencia a la opresión.*** – El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1948), menciona la necesidad del respeto de esos derechos, "a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión".

En la Constitución argentina era, hasta la reforma de 1994, un derecho no enumerado (Casiello), de tipo natural, que emana de la soberanía del pueblo (en quien reside, precisamente, la resistencia a la opresión), todo ello conforme al pensamiento iusnaturalista que inspira su art. 33 (ver § 63 y 859).

Conviene advertir que la práctica del derecho de resistencia a la opresión, como herramienta final a recurrir, demanda una prudencia especial que la doctrina clásica (Santo Tomás, Suárez, Mariana, etc.) encuadra así: *a*) no se trata de un derecho *normal*, sino harto excepcional; *b*) según las circunstancias, se deberán agotar previamente todos los recursos jurídicos y políticos para poner fin a la situación de tiranía o de ingobernabilidad; *c*) la ilegitimidad del régimen tiránico tiene que ser concluyente e irremediable; una situación de injusticia no basta para poner en marcha la resistencia a la opresión; en ciertos casos, es preferible por prudencia cumplir

con leyes desacertadas o ilegítimas antes que rebelarse contra ellas; *d*) la resistencia tendrá que tener serias posibilidades de éxito (de lo contrario, importaría un caso de suicidio político); *e*) el nuevo régimen a implantar (si se trata de una hipótesis de resistencia activa, como se verá acto seguido) deberá ser, con seguridad, más legítimo que el que se reemplaza, y *f*) la resistencia debe tener consenso, ya que no es un derecho individual, sino del pueblo.

§ 1176. ***Modalidades.*** – El derecho que tratamos asume dos posturas posibles (Bidart Campos), que veremos a continuación.

a) *Resistencia pasiva.* Implica un *no hacer*, de tipo pacífico. Se traduce en la *desobediencia civil* al régimen (no pagar impuestos, no sufragar, no cumplir con ciertas leyes y cargas públicas, etcétera).

b) *Resistencia activa.* Apunta (agotada o infructuosa la resistencia pasiva) a un *hacer*: participar en concentraciones prohibidas, *marchas de silencio*, protestas públicas y, en los casos terminales, practicar el *derecho a la rebelión* (como lo llama la Declaración Universal de los Derechos Humanos) y *a la revolución*. Parte de la doctrina (Mariana, Juan de Salisbury) han planteado, finalmente, la hipótesis última del *tiranicidio*.

El derecho de resistencia a la opresión es en definitiva una variable del estado de necesidad (ver § 810); se produce cuando aparecen una auténtica *situación de necesidad* (la de oponerse a la tiranía *de título* o *de ejercicio*), una *medida de necesidad* (la resistencia activa o pasiva), un *sujeto necesitado* que debe adoptar tal medida (la comunidad) y un *derecho de necesidad* (el que legitima cuándo, quién y cómo debe ejercerse la resistencia, en el caso argentino de derecho natural y situada en el art. 33, Const. nacional).

§ 1177. ***Reforma constitucional de 1994.*** – El nuevo art. 36, párr. 4°, estableció un tipo de *derecho de resistencia* (así lo llama), en manos de *todos los ciudadanos*, a ejercer contra quienes ejecutaren *actos de fuerza* contra el orden institucional y el sistema de-

mocrático, que causaren la interrupción de la observancia de la Constitución.

Como primera observación, la norma no alude al ejercicio del derecho de resistencia a la opresión contra quienes no hayan asumido sus funciones por la fuerza.

Esta última variable, de tiranía de ejercicio y no de origen, seguiría captada por el art. 33, y también por la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, en su Preámbulo, según ya apuntamos, que tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

El derecho de resistencia del art. 36 reside en "todos los ciudadanos", por lo que el texto estaría permitiendo un ejercicio individual, a más del colectivo, contra los regímenes de facto. Con relación a la realización de este derecho, el miembro informante por el despacho mayoritario en la Convención Constituyente incurrió en un planteo confuso, ya que dijo que "no nos estamos refiriendo al derecho clásico de resistencia a la opresión, sino al derecho de resistencia, que puede ser activo y pasivo. En el país existe una forma argentina de resistir, que no consiste precisamente en tomar las armas", y dio como ejemplo de ello la "abstención revolucionaria a la abstención lisa y llana" de la Unión Cívica Radical, o el voto en blanco de los justicialistas ("Diario de Sesiones", p. 1399, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. V, p. 4449).

§ 1178. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con los derechos políticos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. IV, XX a XXII, XXVII, XXXII, XXXIV y XXXVIII), Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo, arts. 2°, 14 y 19 a 21), Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. VII), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Preámbulo, art. 1°), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 1° a 3°, 13 y 25), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 1° y 5°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 4°, 16, 22 y 23), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 1°, 3°, 7° y 8°) y Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo, art. 2°).

CAPÍTULO XXXV

REGLAMENTACIONES Y LIMITACIONES A LOS DERECHOS

§ 1179. *INTRODUCCIÓN. EL PODER DE POLICÍA.* – El art. 14 de la Const. nacional, que enuncia el grueso de los derechos personales, dispone que ellos se ejercen "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio". El art. 28, por su parte, apunta: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

Tal genérica potestad reglamentaria de los derechos personales con que cuenta el Estado es llamada técnicamente *poder de policía*, al que alguna vez la Corte Suprema calificó como facultad propia "de soberanía y gobierno" ("Suñé", *Fallos*, 258:322). Pero la expresión *poder de policía* tiene otras acepciones. Por ejemplo, se refiere también a una *función administrativa* que consiste en aplicar –en casos y situaciones concretas, con actos y hechos administrativos en sentido material– las normas reglamentarias de los derechos personales.

Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica prescribe: "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas" (art. 30). El art. 1° del Pacto dispone también que los Estados partes "se comprometen a respetar los dere-

chos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción".

Según se verá, la reglamentación de los derechos tiene sus *presupuestos*, *topes* y *pautas*.

§ 1180. ***Presupuestos de la reglamentación.*** – Según una doctrina repetida hasta el infinito por la Corte Suprema, hay dos directrices jurisprudenciales que habilitan (además de las normas constitucionales de los arts. 14 y 28) la potestad estatal que tratamos.

a) *No hay derechos absolutos.* Ha dicho la Corte infinidad de veces que la Constitución no consagra derechos absolutos ("De Stoll", *Fallos*, 304:319, y "Juzgado Federal de Resistencia", *Fallos*, 312:318), ni ellos tienen en sí tal carácter ("Ascencio", *Fallos*, 304:1293).

Más todavía, para la Corte, la admisión de un derecho ilimitado significaría "una concepción antisocial", por más que el Congreso no hubiese dictado todavía la norma reglamentaria de ese derecho ("Font", *Fallos*, 254:56).

b) *Todos los derechos son reglamentables.* Es decir, que los derechos están *sometidos* a la regulación que disponga la ley ("Loisi", *Fallos*, 307:2262).

La tesis que antecede muestra que aun los derechos fundamentales (como a la vida, intimidad, honor, etc.), son pasibles de regulación (el derecho a la vida puede ceder en función de la defensa de la Patria y de la Constitución, como se infiere del art. 21). Incluso el derecho a la dignidad humana no tiene la misma dosis de ejercicio en circunstancias normales que en situaciones excepcionales (piénsese en los controles personales que deben soportar los pasajeros cuando se trata de prevenir atentados en los diversos medios de transporte), aunque siempre deba respetarse un *piso* o cuota mínima de dignidad personal.

§ 1181. ***Topes.*** – El poder reglamentario de policía cuenta con aspectos positivos y negativos.

a) *Dimensión permitida.* Como regla, la ley regulatoria puede provocar una *limitación* al derecho ("Garibotto", *Fallos*, 304:1636),

o sea, acarrearle *restricciones* ("Vega", *Fallos*, 311:1565). La sola comprobación de que una ley restringe un derecho consagrado por la Constitución no significa que tal norma sea inconstitucional ("Carbillo", *Fallos*, 240:323).

b) *Dimensión prohibida.* La reglamentación no puede válidamente *desnaturalizar* el derecho en cuestión, ni *desvirtuarlo* o *impedirlo* ("Berraz Montyn", *Fallos*, 156:290); *reglamentar no significa prohibir* ("Ionata", *Fallos*, 288:240), ni *allanarlo totalmente* ("Vda. de Marino", *Fallos*, 294:434, y "Producciones JCJ", *Fallos*, 297:201). Tampoco debe *alterarlo* ("Dordal", *Fallos*, 189:234, y "AFIP", *Fallos*, 324:3345).

§ 1182. ***Pautas. Test de legalidad.*** – Para la determinación del límite entre la dimensión *permitida* y la *prohibida* (es decir, para definir cuándo hay limitación o restricción aceptable, y cuándo desnaturalización, prohibición, alteración o allanamiento inaceptable), la Corte ha manejado dos componentes básicos del test de constitucionalidad de una reglamentación.

El primero es básicamente *formal* u *orgánico*, y alude al *principio de legalidad*, según el cual la reglamentación del derecho se debe instrumentar por *ley* ("Portillo", *Fallos*, 312:496), es decir, *por el legislador* ("Coronel García", *Fallos*, 312:1082), o por norma basada en ley (decreto reglamentario de ley; ordenanza municipal habilitada por una constitución o ley provincial).

Las bases normativas argentinas del principio de legalidad están, como se indicó, en los arts. 14 y 28 de la Const. nacional que hablan de *leyes* reglamentarias de los derechos. El art. 19 *in fine* añade que nadie "será obligado a hacer lo que no manda la ley". Otros preceptos constitucionales enfatizan esta directiva; así, la expropiación debe ser calificada por ley (art. 17), sólo por ley se pueden demandar servicios personales (art. 17), y únicamente por ley se establecen impuestos y contribuciones (arts. 4° y 75, incs. 1 y 2); toda condena debe ser basada en ley previa a la comisión del delito (art. 18), etcétera.

El principio de legalidad está seriamente deteriorado en la experiencia jurídica argentina con las prácticas de *delegación legislativa* (de primero y segundo grado), de *subdelegación* y del dictado de los *decretos de necesidad y urgencia* (ver § 572 a 577), al ha-

bérsele concedido al Poder Ejecutivo (o el asumido) potestades legisferantes.

§ 1183. ***Test de razonabilidad. Variables.*** – Esta *prueba* de constitucionalidad de una reglamentación importa quizás el aporte más significativo realizado por el derecho judicial para definir cuándo ésta es constitucional o inconstitucional.

En concreto, tal postulado (llamado en los Estados Unidos de América "del debido proceso sustantivo") califica como constitucionales solamente a las normas reglamentarias que sean *razonables* ("De Barneche", *Fallos*, 300:67, y "Ríos", *Fallos*, 300:700). Se refiere, pues, a un control *de fondo* o *de contenido* de la ley o precepto regulatorio. La norma irrazonable deviene así inconstitucional.

Normativamente se lo desprende del art. 28 de la Const. nacional, el que indica que los principios, garantías y derechos no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio ("Itzcovich", *JA*, 2005-II-725).

Pueden distinguirse, en este punto, tres niveles de razonabilidad: *normativo*, *técnico* y *axiológico*.

a) *Razonabilidad normativa.* Aquí se insiste en que el *principio de racionalidad* debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las constitucionales, "de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido en la Constitución nacional" ("Carrizo", *Fallos*, 304:972; "Bco. Vicente López", *Fallos*, 308:418, e "Itzcovich", *Fallos*, 328:566).

b) *Razonabilidad técnica.* Es la que impone una apropiada adecuación entre los fines postulados por una ley y los medios que planifica para lograrlos (Linares).

En otras palabras, es irrazonable la ley cuando los medios que arbitra no se adecuan a los objetivos cuya realización procura ("Flores", *Fallos*, 307:906) o a los fines que requirieron su sanción ("Ferreri", *Fallos*, 311:1176, consid. 3°), o cuando no media correspondencia entre las obligaciones que impone y los propósitos que pretende alcanzar ("Cine Callao", *Fallos*, 247:121).

c) *Razonabilidad axiológica.* Apunta a exigir una cuota básica de justicia intrínseca en las normas, de tal modo que las notoriamente injustas resultan inconstitucionales.

Con esto quedan descalificadas las reglas jurídicas irrazonables cuando consagran una manifiesta iniquidad ("Flores", *Fallos*, 307:906, y "Miguel", *Fallos*, 308:1631); es decir, por resultar notoriamente inicuas ("Coutinho", *Fallos*, 304:1259). Al legislador, en síntesis, no le está permitido obrar caprichosamente ("Pedro Inchauspe Hnos.", *Fallos*, 199:483, y "CAVIC", *Fallos*, 277:147).

§ 1184. ***Irrazonabilidad por modificación del contexto de vida.*** – Cabe considerar una interesante variable de la doctrina de la irrazonabilidad; veamos el caso en que una norma razonable, en el momento de su promulgación, deja de serlo cuando cambian las circunstancias económico-sociales, concluyendo, después de cierto tiempo, desvaliosa (CSJN, "Chocobar", *Fallos*, 319:3241, e "Itzcovich", *JA*, 2005-II-725). Ello importaría un supuesto de irrazonabilidad no inicial, sino *sobreviniente*.

Un caso corriente pudo ser el de las normas de emergencia, constitucionales durante la existencia de esa especie transitoria del estado de necesidad, pero inconstitucionales más tarde, superada la etapa de excepción. Uno de los recaudos demandados por la Corte para este tipo de leyes, en efecto, ha sido su carácter temporario ("Ercolano", *Fallos*, 136:171, y "Vivante Martini", *Fallos*, 200:450).

§ 1185. ***Intensidad.*** – ¿Cuál es la medida del control judicial de la razonabilidad de las normas reglamentarias de los derechos constitucionales? ¿*Cuánto* puede auscultar? La doctrina judicial argentina se ha autolimitado en ese quehacer, fijando al respecto algunas áreas en las que dice no penetrar.

a) *¿No sobre el acierto?* Una afirmación común de la Corte Suprema es que a la justicia no le compete verificar el acierto o la desventaja de una norma, o entrar a meritar su bondad o procedencia ("Topino", *Fallos*, 261:409); ello significaría ingresar en un territorio sometido al arbitrio discrecional del legislador, es decir, inmiscuirse en una competencia reservada para éste, como es adoptar una *política legislativa* ("De Martínez", *Fallos*, 290:245).

En verdad, la misión del Poder Judicial estriba en averiguar si la ley reglamentaria de un derecho constitucional está dentro de las posibilidades de regulación que brinda la Constitución al Congre-

so, y no en indicarle a éste cuál es la hipótesis más recomendable de reglamentación.

Pero aun aclarado lo anterior, cabe advertir que para determinar si una norma es razonable o no, el juez debe investigar, en alguna medida, *algo* sobre su conveniencia, ventajas, eficacia o acierto.

Por ejemplo, la Corte Suprema puntualiza que la reglamentación legislativa de las disposiciones constitucionales debe ser razonable, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, todo ello con el objeto de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con los de la sociedad ("Portillo", *Fallos*, 312:496).

Por otra parte, la Corte ("Coutinho", *Fallos*, 304:1259) realiza una afirmación doble, pero difícil de conciliar: no concierne al Poder Judicial decidir el acierto de los otros poderes públicos para conjugar una situación de crisis, y sí le corresponde controlar el uso de los poderes del Estado, para preservar el bien común y otros bienes también ponderados en la Constitución (ver, también, "Alves Pereira", *Fallos*, 303:1319), a fin de evitar soluciones manifiestamente inicuas o irrazonables. En "Olcese" (*Fallos*, 296: 340), la Corte concluyó que una disposición adoptada por el art. 9º de la ley 18.880, era explicable según el interés común, y en "Medaglia" (*Fallos*, 292:517) admitió que en tutela del interés público era viable la reglamentación del ejercicio de ciertas actividades profesionales; como en "Vega" (*Fallos*, 311:1565) legitimó restricciones específicas al ejercicio de algunas industrias, en razón de los "intereses generales y permanentes de la colectividad".

En cualquiera de estos supuestos, es también evidente que para determinar la razonabilidad en función de los medios instrumentados por el legislador para lograr los objetivos propuestos por una ley, es necesario auscultar, en buena medida, el éxito de esos medios, sus aciertos y ventajas.

En conclusión, la averiguación de un *acierto mínimo* en cuanto a los medios escogidos por el legislador para conseguir los fines de la ley, y su *correspondencia mínima* con ciertos valores constitucionales como justicia y bien común, es tarea inevitable para el

Poder Judicial en su misión de control de razonabilidad de las normas.

b) *¿No sobre el momento?* Es también usual que la Corte Suprema explique que no le compete expedirse sobre la oportunidad del dictado de la ley reglamentaria de derechos ("SA Córdoba Goma", *Fallos*, 295:814, y "Halladjian", *Fallos*, 302:457). La decisión respecto al *instante* en que ella debe ser sancionada, en efecto, parece una decisión reservada a su autor (Poder Legislativo).

No obstante, la propia Corte ha señalado que algunas soluciones legislativas que en circunstancias ordinarias no serían legítimas, pueden serlo en condiciones especiales o extraordinarias, donde cabe considerar otros valores más importantes para el orden público y la comunidad, cuyo aseguramiento no puede lograrse sino a costa de limitaciones a derechos individuales ("Bustos Núñez", *Fallos*, 240:223). En "Contreras Hnos." (*Fallos*, 312:57), la Corte Suprema hace mérito, precisamente, de la evaluación del lapso en el que debía aplicarse el art. 1º, inc. *b*, de la ley 21.864, señalando que éste resulta irrazonable por impedir el ajuste por depreciación monetaria en circunstancias de alta inflación.

c) *¿No sobre los resultados?* El mandato genérico de la Corte, en este tema, es que sería inadmisible declarar la inconstitucionalidad de una ley a causa de contingencias atinentes a su cumplimiento. El análisis de la razonabilidad de las leyes, proclama el tribunal, sólo se puede llevar a cabo en el ámbito de sus previsiones; efectuar tal examen sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación importaría valorarlas en función de factores extraños a ellas ("Bonfante", *Fallos*, 288:325; "Feito García", *Fallos*, 299:45; "Vega", *Fallos*, 311:1565, y "AFIP", *Fallos*, 324:3345).

Sin embargo, hemos visto que la doctrina de la *interpretación previsora* aconseja, respecto de una norma, "considerar sus consecuencias" o "verificar sus resultados" ("Baliarda", *Fallos*, 303:917; ver, también, "Saguir y Dib", *Fallos*, 302:1209; "Vialco SA", *Fallos*, 303:248, etc.); esto obliga a penetrar en el juicio de constitucionalidad de una norma, en ámbitos extranormativos referidos al *efecto* de esa ley (o de su interpretación) en el concreto caso o en la realidad social, y descartar entonces productos interpretativos

que resulten notoriamente desvaliosos, lo que puede provocar la inaplicabilidad del precepto en cuestión (ver § 47).

§ 1186. ***La declaración de inconstitucionalidad como "ultima ratio". Cuestiones dudosas.*** – La doctrina judicial argentina ha implantado ciertas reglas en torno a la evaluación final de la constitucionalidad de una norma: *a*) en principio, las leyes se presumen constitucionales ("Cine Callao", *Fallos*, 247:121, y "Trentini", *Fallos*, 220:1458); *b*) la declaración de inconstitucionalidad de una norma requiere plena prueba, clara y precisa, de su oposición con la Constitución ("Perisse", *Fallos*, 209:200, y "Bignone", *Fallos*, 306:655); *c*) el pronunciamiento de inconstitucionalidad exige prudencia y cautela en su emisión: es la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y exhibe un caso extremo de gravedad institucional ("Malenky", *Fallos*, 264:364; "Bonfante", *Fallos*, 288:325, y "Philco Argentina SA", *Fallos*, 306:1597), y *d*) si hubiese duda, se debe decidir por la constitucionalidad de una norma y no por su invalidez ("Bignone", *Fallos*, 306:655).

§ 1187. ***El modelo de los dos planos.*** – Por lo demás, interesa tener presente que parte de la jurisprudencia estadounidense ha manejado en esta materia el *modelo de los dos planos*, que consiste en proponer un doble criterio para la evaluación de la razonabilidad de las normas reglamentarias de derechos constitucionales.

a) El primer patrón es el *mero test de razonabilidad*, y se aplica a los derechos constitucionales comunes. Consiste en efectivizar las reglas del *test de razonabilidad* que hemos descripto precedentemente. Sólo habrá de ser descartada la ley notoriamente irrazonable. La ley se presume constitucional.

b) El segundo patrón es el *test del escrutinio riguroso*, o *prueba de las libertades preferidas*. Se lo efectiviza con relación a los derechos constitucionales que tutelan libertades *fundamentales*, es decir, aquellas reputadas muy significativas por los tribunales, la doctrina y la sociedad (en aquel país, p.ej., igualdad racial, derechos de prensa). En este caso, para apreciar la racionalidad de la ley reglamentaria el juez se vuelve más exigente y minucioso, y parte del supuesto de que las discriminaciones por motivos de color, sexo, o las restricciones a la libertad de expresión son, en principio, de dudosa constitucionalidad.

El *modelo de los dos planos*, planteado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en los casos "Massachusetts v. Murgis" y "Frontiero v. Richardson", resulta atractivo para distinguir distintos grados de control judicial, en razón de los derechos en juego.

§ 1188. ***Extensión del poder de policía. Materias comprendidas.*** – La amplitud del ejercicio del poder de policía reglamentario de los derechos personales depende sustancialmente del marco ideológico donde se sitúe el operador de la Constitución. No es lo mismo, en efecto, concebir las limitaciones a los derechos dentro de una concepción liberal e individualista, donde obviamente esas restricciones serían mínimas (tanto por el privilegio que se hace a los derechos de libertad, como por los escasos objetivos económicos que asume el Estado), que situar el problema en una concepción neoliberal-social (ni qué decir socialista), en donde el Estado asume un rol protagónico mucho más intenso y busca resolver problemas sociales.

Una muestra de esa confrontación ideológica se la puede encontrar, por ejemplo, en "Hileret" (*Fallos*, 98:51), fallo en el cual la Corte prioriza el techo individualista y liberal de la Constitución, desechando reglamentaciones que "podrían hacerse extensivas a toda la actividad industrial, y la vida económica de la Nación", con lo que la libertad constitucional "quedaría confiscada [con esas regulaciones] en manos de legislaturas o congresos, que usurparían, por ingeniosos reglamentos, todos los derechos individuales". En cambio, en "Ercolano c/Lanteri de Renshaw" (*Fallos*, 134:164), la misma Corte, ya en una postura neoliberal, indica que a las tradicionales restricciones de los derechos por razones de *orden*, *salud* y *moralidad* colectivas, cabe añadir otras limitaciones "como son las que tienden a proteger *los intereses económicos*", como la determinación de precios y tarifas, inspirada "en el propósito de librar al público de opresiones o tiranías de orden económico".

La concepción de un poder de policía en sentido extenso, fue avalada más tarde en "Avico c/de la Pesa" (*Fallos*, 172:21), donde se identificó orden público con interés público, bien público y bienestar general, y en "Inchauspe Hnos." (*Fallos*, 199:483), cuando expresamente el tribunal indicó que entre la idea europea de un

poder de policía estrecho o la estadounidense de uno amplio, prefería esta última "porque está más de acuerdo con nuestra Constitución, para asegurar el bienestar general". En "Di Ture" prolongó esta noción de policía a "la prevención del crimen, de los incendios, de los accidentes de tránsito, catástrofes, infecciones, pestes y corrupciones sanitarias" (*LL*, 30-151).

§ 1189. ***Competencia en materia del poder reglamentario.*** La jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema ha sido que el poder de policía, por regla general, corresponde a las provincias ("Orofino", *Fallos*, 268:166, y "Prov. de Buenos Aires", *Fallos*, 305:1866) que incluso pueden proveer, por leyes o decretos, a la mejor ordenación y fiel cumplimiento de las leyes comunes nacionales ("Frigorífico Swift", *Fallos*, 187:449; "Laboratorios Suarry", *Fallos*, 192:350, y "Giménez Vargas Hnos.", *Fallos*, 239:343).

En ese orden de ideas, el poder de policía nacional se ejercía en el territorio de la Capital Federal y de las gobernaciones nacionales, y también en el territorio de las provincias, pero aquí "sólo en los casos en que le ha sido expresamente conferido o es una consecuencia forzosa de otras facultades constitucionales" ("Laboratorios Suarry", *Fallos*, 192:350).

En definitiva, la jurisprudencia ha reconocido que el poder de policía es *concurrente* entre las provincias (donde en principio reside) y la Nación. En su ejercicio aquéllas y ésta pueden entrar ocasionalmente en conflicto, que sólo es insoluble cuando media una repugnancia efectiva entre lo dispuesto por ambas ("Soc. Inmob. Schaffhausen", *Fallos*, 300:402). Ciertos temas, por tanto, pueden ser captados por la Nación por razones de policía, fomento, prosperidad, paz social, defensa o tutela del bien común general, en virtud precisamente del interés general, pero todo ello sujeto también al control judicial de razonabilidad de esa legislación nacional ("Geberovich Hnos.", *Fallos*, 302:1552).

Un caso interesante que muestra los vaivenes en el ejercicio del poder de policía concurrente entre la Nación y las provincias es el de la policía del trabajo, que atraviesa cinco etapas. Durante la primera, hasta 1943, se entendió que era básicamente provincial ("Pesado Castro Hnos.", *Fallos*, 192:131, y "Belmonte", *Fallos*, 194:317). En la segunda, después de la revolución de 1943, se intentó federalizar esta materia, pero la Corte Suprema paralizó

tal posibilidad ("Compañía Dock Sud", *DT*, 1946-61). En el tercer período, posterior al decr. ley 5205/57, la Nación ciñó su actuación policíaca del trabajo a la Capital Federal, territorios nacionales y lugares de jurisdicción federal exclusiva. El cuarto tramo, a partir de la ley 18.608, avanzó en la federalización de ciertas materias, y en el quinto, expresado en las leyes de ministerios 20.524 y 22.520, se continúa con la política *nacionalizante*, confiriéndose al Estado federal el ejercicio del poder de policía laboral en todo el territorio de la Nación (art. 23, inc. 12, t.o. por decr. 132/83).

§ 1190. ***Restricciones en períodos de excepción.*** – Además de lo expuesto, los derechos constitucionales de las personas pueden sufrir serias limitaciones en ocasión de declararse el estado de sitio (ver § 719), como una guerra (ver § 702), o en situaciones de necesidad y emergencia (ver § 813), temas a donde remitimos al lector.

§ 1191. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con las reglamentaciones y limitaciones a los derechos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XXVIII y XXXVIII), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 14, 29 y 30), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 4°, 5°, 8° y 13), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 4°, 5°, 12, 14, 18, 19, 21, 22 y 25), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 4°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 7°, 12, 13, 15, 16, 22, 23, 27, 29, 30 y 32) y Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 10, 13, 14, 15, 17, 18 y 29).

CAPÍTULO XXXVI

DEBERES CONSTITUCIONALES

§ 1192. ***"DEBERES" Y "OBLIGACIONES" CONSTITUCIONALES.*** – En derecho público, la terminología no es siempre idéntica a la del derecho privado. Por ejemplo, con frecuencia se sustituye la voz "derechos" por la de *competencias*, cuando su titular es el Estado, y por *libertades* cuando esos derechos residen en los particulares (Dromi).

A su vez, el término *deberes* es a menudo reemplazado en el lenguaje iuspublicista por la palabra *obligaciones*. Bidart Campos, en tal orientación, enseña que en el derecho constitucional hay *obligaciones* tanto *del Estado* como *de los particulares*; pero, en todo caso, la existencia de esas "*obligaciones*" tiene el sentido de ser consideradas instrumentos para el goce de los derechos personales. Además, si un sujeto privado incumple sus obligaciones constitucionales frente a otro particular, perturbando los derechos o libertades de éste, el perjudicado cuenta con el derecho a reclamar al Estado tutela por esa infracción, y éste tiene la obligación constitucional de actuar en resguardo del afectado.

En términos generales, se puede afirmar que cada derecho o libertad constitucional genera una obligación o deber correlativo. Aquí utilizaremos los vocablos obligación y deber constitucional con el mismo significado.

§ 1193. ***LOS DEBERES EN LAS DISTINTAS ETAPAS DEL CONSTITUCIONALISMO.*** – El constitucionalismo de la *primera etapa*, de tipo liberal-individualista (ver § 3), por lo común era reacio a incluir un

listado expreso de *deberes* constitucionales de los habitantes y ciudadanos. Tal actitud tenía su explicación en que el objeto primario de la Constitución consistía en tutelar el *tercer estado* (estado llano) frente a las prerrogativas del *primer* y *segundo estados* (nobleza y clero), además de proteger a las personas del poder absoluto encarnado en los monarcas.

No obstante, algunas constituciones mencionaron ciertos deberes para los habitantes. Por ejemplo, en la Argentina, el Estatuto Provisional de 1815 (ver § 211) entre los "deberes de todo hombre en el Estado", incluía los de cumplir con la ley, obedecer y respetar a los magistrados y funcionarios públicos, *sobrellevar gustoso* los sacrificios que demande la Patria, respetar los derechos de los ciudadanos, contribuir a la *felicidad pública* y "merecer el grato y honroso título de hombre de bien, siendo buen padre de familia, buen hijo, buen hermano y buen amigo" (cap. VI, arts. I a V).

A su vez, el constitucionalismo de la *segunda etapa* es más abundante en el enunciado de tales deberes, en virtud de enumerar la Constitución derechos sociales que a menudo tienen que ser satisfechos por los propietarios y empleadores, y también por partir del supuesto de la solidaridad social como obligación jurídica (ver § 8). En la Argentina, la simple lectura de algunas nuevas constituciones provinciales (p.ej., la de Córdoba, art. 38; la de Río Negro, art. 46) acredita un significativo catálogo de deberes para los habitantes, como honrar a la Patria y a sus símbolos, respetar los intereses y el patrimonio cultural y material del país y de la provincia, contribuir a los gastos, prestar servicios civiles por razones de solidaridad social, formarse y educarse, cuidar de su salud, trabajar y actuar solidariamente, etcétera.

El Pacto de San José de Costa Rica, a su vez, titula el art. 32 "Correlación entre deberes y derechos", y su texto dice: "Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad" (inc. 1). Y concluye: "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática" (inc. 2).

§ 1194. ***Clasificación de los deberes constitucionales.*** – Es posible formular la tipología que desarrollamos a continuación.

a) *En función del sujeto.* Existen deberes *del Estado* (como asegurar la protección del trabajo mediante las leyes, según el art. 14 bis; afianzar sus relaciones de paz y comercio con las naciones extranjeras, a tenor del art. 27, etc.) y deberes *de los particulares*. Entre estos últimos, resulta factible diferenciar los deberes de los *nacionales* o *ciudadanos* (según el art. 21, prestar el servicio militar) y los de *cualquier habitante* (como cumplir con los servicios personales que establezca la ley, a tenor del art. 17).

En cuanto a los deberes de particulares, los hay también *individuales*, de personas físicas o ideales (como el de los empleadores, de pagar el salario mínimo previsto por el art. 14 bis), y de *grupos* (como la *reunión de personas* del art. 23, que no puede atribuirse los derechos del pueblo).

b) *En función del objeto.* Hay obligaciones constitucionales *de hacer* (p.ej., cumplir con un servicio personal; ver § 1198), de *no hacer* (no deliberar ni gobernar el pueblo por sí mismo; art. 22) y *de dar* (pagar los impuestos).

c) *En función de su naturaleza.* Existen obligaciones constitucionales *ordinarias* o *normales*, como pagar los derechos de importación y exportación (art. 4°), y otras (en principio) no habituales, como oblar impuestos directos en favor del Estado nacional, "siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan" (art. 75, inc. 2).

d) *En función de su enunciado.* Hay deberes constitucionales *explícitos* (armarse en defensa de la Patria y de la Constitución; art. 21); deberes constitucionales *deducidos* de otras normas de la Constitución (p.ej., del art. 45, cuando señala que los diputados son "elegidos directamente por el pueblo" se puede inferir el deber de sufragar, si así lo dispone la ley); y deberes constitucionales no *enumerados* o *implícitos*. En efecto, si el art. 33 de la Const. nacional puntualiza que además de los derechos enumerados hay otros, también de rango constitucional, que emergen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (que son, en definitiva, los derechos naturales de los hombres y de las sociedades; ver § 859), cabe detectar también *deberes no enumerados*, que fluyen de aquellos principios y del derecho natural. Por ejemplo, no atentar contra el ecosistema y el paisaje (ver § 886).

§ 1195. ***Descripción de los deberes constitucionales. Cumplir con la Constitución y normas consecuentes.*** – Del texto de la Constitución surgen obligaciones específicas.

El art. 19 *in fine*, al señalar que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley", impone, a contrario sensu, el deber de *cumplir lo que manda la ley.* Conforme a la escala jerárquica de su art. 31, esa obligación principia con el cumplimiento de la Constitución y continúa con las restantes normas "que en su consecuencia se dicten".

Para el Estado, esto significa también dictar todas las normas (incluso instrumentar las cláusulas constitucionales programáticas, salvo las que sean de cumplimiento optativo o discrecional para él; ver § 95) y poner en práctica las competencias y atribuciones que le confía la Constitución (p.ej., en los arts. 75, 99, 116 y 117).

Cabe distinguir, en este tema, y en sentido estricto, entre *competencias* y *atribuciones* (Bielsa). Las primeras pueden o no ejercitarse, según el sano arbitrio y pautas de razonabilidad (como decretar honores el Congreso, conforme al art. 75, inc. 20; conceder amnistías, según la misma norma). Las segundas son de cumplimiento forzoso (p.ej., fijar el Congreso anualmente el presupuesto, como ordena el art. 75, inc. 8; que el jefe de Gabinete recaude las rentas según el art. 100, inc. 7).

§ 1196. ***Respetar los derechos personales y las facultades del Estado.*** – Es una consecuencia del deber de cumplir con la Constitución, ya que si ella enuncia derechos y libertades, eso genera una obligación *erga omnes* de los demás (y del Estado, en particular) de no perturbarlos. La infracción a aquéllos genera, por ejemplo, el proceso constitucional del amparo, programado tanto contra actos estatales (ley 16.986), como de particulares (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; ver § 316 y 324).

El respeto a los derechos personales produce generalmente, en el constitucionalismo de la primera etapa, obligaciones de *no hacer* (no impedir que otro trabaje; no molestar la práctica de los cultos; no interferir en la propiedad ajena; no obligar a nadie a declarar contra sí mismo; no impedir la libre circulación de las personas, ni arrestar sin orden escrita de autoridad competente, etcétera). En el constitucionalismo social, o de la segunda etapa, la

Constitución impone más obligaciones *de hacer* y *de dar*; pagar salarios justos, brindar condiciones dignas de labor, pagar asignaciones familiares (art. 14 bis), preservar el ambiente (art. 41), etcétera.

§ 1197. ***Evitar los actos declarados constitucionalmente delictivos o prohibidos.*** – Entre los primeros, hallamos, por ejemplo, el contrato de compraventa de personas (art. 15); la sedición (art. 22); usurpar funciones constitucionales (art. 36); la traición a la patria (art. 119), y la sedición o asonada del art. 127 (guerra civil interprovincial).

Entre los segundos cabe mencionar, entre otros, la confiscación de bienes (art. 17); y el establecer comisiones especiales, obligar a alguien a declarar contra sí mismo, aplicar tormentos, azotes o tratos mortificantes a los detenidos (art. 18); introducir en el país residuos peligrosos y radiactivos (art. 41), etcétera.

Muchos de estos actos importan también delitos, no por imposición constitucional, sino por voluntad del legislador ordinario, o de los convenios y tratados internacionales vigentes en la Nación.

§ 1198. ***Cumplir con los impuestos y cargas enunciados en la Constitución.*** – El art. 16 *in fine* de la Const. nacional describe la obligación de satisfacer el *impuesto* y *las cargas públicas.*

La obligación de pagar impuestos y contribuciones está igualmente señalada en el art. 4°, cuando programa que los "*imponga* el Congreso general" (el art. 75, inc. 2, permite también al Poder Legislativo *imponer contribuciones directas*, bajo ciertas condiciones). El art. 20, *a contrario sensu*, obliga también a "pagar contribuciones forzosas extraordinarias" a los argentinos (no así a los extranjeros).

El art. 21 define, asimismo, el deber constitucional de todo ciudadano de armarse en defensa de la Patria y de la Constitución, cuestión que la Corte Suprema ha calificado como una obligación constitucional que se debe cumplir por razones de justicia y solidaridad ("Portillo", *Fallos*, 312:496), y que importa una carga pública ("De la Vega", *Fallos*, 304:806, y "Reynoso", *Fallos,* 308: 1595); remitimos al § 717.

En materia de cargas públicas políticas, la reforma de 1994 ha incluido la de sufragar (art. 37) y, para los partidos políticos, de dar a publicidad el origen y destino de sus fondos y patrimonio (art. 38).

Cabe recordar que para la Corte Suprema la expropiación (art. 17, Const. nacional) implica asimismo una carga pública para el expropiado, bien que con una imposición constitucional de indemnización previa por parte del expropiante ("Dirección Nacional de Vialidad c/Perea", *Fallos*, 303:1596). Respecto de las cargas impuestas a los empleadores por las leyes laborales, en cumplimiento del art. 14 bis, la Corte ha señalado que deben ser razonables y no gravar el patrimonio de manera expoliatoria o exorbitante ("Mata", *Fallos*, 252:158).

§ 1199. ***Cumplir con los "servicios personales" impuestos por la ley.*** – El art. 17 de la Const. nacional prescribe que "ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley". Esta norma guarda correspondencia con la última parte del art. 19: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley".

La carga pública de prestación de servicios personales importa una restricción a la libertad del sujeto afectado y únicamente puede derivar de una imposición legal (de la Nación o de las provincias; para Marienhoff, se trata de una facultad concurrente). Según este autor, tiene las siguientes características: *a*) es *temporaria* (por lo que debe ser circunstancial, ocasional o accidental); *b*) debe ser *igual* para todos, a tenor del art. 16 *in fine* de la Const. nacional; *c*) es *irredimible por dinero* (de lo contrario, resultaría un impuesto); *d*) es *intransferible*, de ejecución personal por el convocado; *e*) en principio es también gratuita, aunque ocasionalmente la ley pueda establecer algún viático o remuneración; *f*) debe *corresponder a un servicio concreto*, ya que sería antijurídico que el Estado exigiese servicios personales para "*lo que pudiera necesitar*", y *g*) *tiene que referirse a una tarea sencilla*, porque si aludiese a funciones de tipo especializado, no podría ser desempeñada por todos, quebrándose la regla de la igualdad.

En la práctica, sin embargo, estas directrices no siempre se han cumplido, requiriéndose *servicios personales* de tipo complejo, como obligar a abogados o ex jueces a desempeñarse como conjueces, aunque en este caso mediando algunas veces remuneración ("Nación Argentina", *Fallos*, 301:1078); o imponiendo la afiliación compulsiva a un colegio de abogados, para ejercer tal profesión so pretexto de importar ello una carga pública ("Ferrari", *Fallos*, 308:987, y "De la Rúa", *Fallos*, 308:1626). En otros casos se ha impuesto integrar el Tribunal de Tasaciones contemplado por la ley de expropiación, como carga pública honoraria, pero sin suponer tal gratitud en las tareas de asesoramiento inmobiliario de ese tribunal ("Prov. de Buenos Aires", *Fallos*, 273:379).

Las cargas públicas que un Estado constitucional puede imponer no deben superar, explica la Corte, lo que requiera la solidaridad social ("Santa Coloma", *Fallos*, 308:1160) y deben responder a un fin de interés público ("SA Servicios Aéreos Cruzeiro do Sul", *Fallos*, 295:87).

El Pacto de San José de Costa Rica admite, por su parte, la existencia del servicio militar (que, explica, no es trabajo forzoso u obligatorio) y en caso de aceptarse la exención por razones de conciencia, el *servicio nacional* que reemplace al primero. También acepta "el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad" (art. 6°, inc. 3, *c*) y "el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales" (art. 6°, inc. 3, *d*).

§ 1200. ***Carácter de los deberes constitucionales.*** – Así como no existen derechos constitucionales absolutos, tampoco tiene que haber deberes constitucionales absolutos (Bidart Campos). Es necesario que su reglamentación, al igual que la de los derechos, responda a *topes* y a *pautas* de legalidad y razonabilidad (ver § 1183), so pena de aplicar la inconstitucionalidad consiguiente.

§ 1201. ***Fuentes internacionales constitucionalizadas.*** – Los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, regulan los aspectos relacionados con los deberes constitucionales.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Preámbulo, arts. XXIX a XXXVIII), Declaración Universal de

Derechos Humanos (Preámbulo, arts. 1° y 29), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Preámbulo, arts. 8° y 19), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (arts. 6°, 7° y 32), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5° y 16) y Convención sobre los Derechos del Niño (art. 14).

BIBLIOGRAFÍA

Solamente se mencionan los libros utilizados, no así los artículos monográficos

Aja Espil, Jorge, *Constitución y poder*, Bs. As., Tea, 1987.

Alberdi, Juan B., *Organización política y económica de la Confederación Argentina*, nueva edición oficial, Besançon, Francia, José Jacquin, 1856.

Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Amoresano, Marta - Serrano, María C., *El derecho judicial y la Constitución argentina*, Bs. As., Cathedra, 1976.

Armagnague, Juan F., *Juicio político y jurado de enjuiciamiento*, Bs. As., Depalma, 1995.

Badeni, Gregorio, *Derecho constitucional*, Bs. As., Ad-Hoc, 1993.
— *Libertad de prensa*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991.
— *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Bs. As., Ad-Hoc, 1994.
— *Tratado de derecho constitucional*, Bs. As., La Ley, 2004.

Barrancos y Vedia, Fernando N., *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991.

Barraza, Javier I. - Schafrik, Fabiana H., *El jefe de Gabinete de Ministros*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999.

Basterra, Marcela I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Bs. As., LexisNexis, 2005.

Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales*, México, Porrúa, 2003.

Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación*, Madrid, Civitas, 1989.

Bianchi, Alberto B., *Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989.
— *Control de constitucionalidad*, Bs. As., Ábaco, 1992.
— *La delegación legislativa*, Bs. As., Ábaco, 1990.

Bidart Campos, Germán J., *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Bs. As., Ediar, 1987.

— *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., Ediar, 1996-1998.
— *Principios de derechos humanos y garantías*, Bs. As., Ediar, 1991.
— *Teoría general de los derechos humanos*, Bs. As., Astrea, 2006.
— *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, 1991.

Bidegain, Carlos M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994-1995.

Bielsa, Rafael, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1958.

Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, tr. P. L. Verdú, Madrid, Tecnos, 1965.

Bluntschli, Juan G., *Derecho público universal*, tr. A. García Moreno y J. Ortega García, Madrid, Góngora y Cía., 1880.

Borea Odría, Alberto, *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo*, Lima, Libros Peruanos, 1992.

Brossard de Souza Pinto, Paulo, *O impeachment*, Porto Alegre, Do Globo, 1965.

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, Bs. As., Arayú, 1953.

Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Bs. As., Hammurabi, 1984.

Carrió, Genaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983.

Casas, Juan A. - Romero Villanueva, Horacio J., *Expropiación*, Bs. As., Astrea, 2005.

Casiello, Juan P., *Derecho constitucional argentino*, Bs. As., Perrot, 1954.

Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983.
— (coord.), *Estudios sobre la reforma constitucional*, Bs. As., Depalma, 1995.

Cayuso, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., La Ley, 2006.

Chiappini, Julio O., *Cuestiones de derecho público provincial*, Santa Fe, Panamericana, 1986.

Colautti, Carlos E., *Derecho constitucional*, Bs. As., Universidad, 1996.
— *Derechos humanos*, Bs. As., Universidad, 1995.

Corwin, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, tr. A. Leal, Bs. As., Fraterna, 1987.

Dalla Vía, Alberto, *La conciencia y el derecho*, Bs. As., Univ. de Belgrano, 1999.

De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987.

Díaz Cisneros, César, *Derecho internacional público*, Bs. As., Tea, 1955.

Díaz Ricci, Sergio M., *Teoría de la reforma constitucional*, Bs. As., Ediar, 2005.

Dromi, José R., *Derecho administrativo económico*, Bs. As., Astrea, 1979.
— *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Bogotá, Temis, 1980.

Dromi, José R. - Menem, Eduardo, *La Constitución reformada*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1994.

Durante, Alfredo L., *Lecciones de constitucionalismo social*, Bs. As., La Ley, 2005.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, tr. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.

Edwards, Carlos E., *Garantías constitucionales en materia penal*, Bs. As., Astrea, 1996.

Ekmekdjian, Miguel Á., *Manual de la Constitución argentina*, Bs. As., Depalma, 1991.
— *Tratado de derecho constitucional*, Bs. As., Depalma, 1993-1997.

Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, E. Maillefert y Cía., 1858.

Estrada, José M., *Curso de derecho constitucional*, 2ª ed., Bs. As., Científica y Literaria Argentina, 1927.

Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Bs. As., Astrea, 1995.

Fayt, Carlos S., *Derecho político*, Bs. As., Depalma, 1988.
— *Nuevas fronteras del derecho constitucional*, Bs. As., La Ley, 1995.

Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.

Ferrando Badía, Juan, *Estudios de ciencia política y de teoría constitucional*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1988.

Ferreira, Raúl G., *La constitución vulnerable*, Bs. As., Hammurabi, 2003.

Figueroa, Ana M., *Teoría general de los derechos humanos*, Rosario, Juris, 1992.

Fix - Zamudio, Héctor, *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, México, Porrúa, 1988.

Flores, Oscar, *Libertad de prensa y derecho a la intimidad de los funcionarios públicos*, Bs. As., La Ley, 2004.

Frías, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, Bs. As., Depalma, 1980.

Garay, Alberto F., *La igualdad ante la ley*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989.

García Belaúnde, Domingo, *Constitución y política*, 2ª ed., Lima, Eddili, 1991.

García Belsunce, Horacio A., *Garantías constitucionales*, Bs. As., Depalma, 1984.

Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., La Ley, 2003.

Gentile, Jorge H., *Derecho parlamentario argentino*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1997.

Gil Domínguez, Andrés, *En busca de una interpretación constitucional*, Bs. As., Ediar, 1997.

Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 4ª ed., Bs. As., Depalma, 1973.

González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, 24ª ed., Bs. As., Estrada, 1951.

González Calderón, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, 3ª ed., Bs. As., Lajouane, 1930.

Gozaíni, Osvaldo A., *Introducción al nuevo derecho procesal*, Bs. As., Ediar, 1988.

Granillo Ocampo, Raúl E., *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Bs. As., Astrea, 1990.

Gregorini Clusellas, Eduardo L., *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*, Bs. As., Depalma, 1987.

Grondona, Mariano F., *La reglamentación de los derechos constitucionales*, Bs. As., Depalma, 1986.

Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, tr. H. Fix - Fierro, Bs. As., Astrea, 2007.

Hamilton, Alexander - Madison, James - Jay, John, *El Federalista*, tr. G. R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.

Haro, Ricardo, *Curso de derecho constitucional argentino*, Córdoba, Advocatus, 2003.

— *La competencia federal*, Bs. As., Depalma, 1989.

Hernández, Antonio M. (h.), *Derecho municipal*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1995.

Hernández Valle, Rubén, *Derecho parlamentario costarricense*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1991.

— *El derecho de la Constitución*, San José, Juricentro, 1993.

Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, tr. P. Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Hitters, Juan C., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Bs. As., Ediar, 1991.

Hutchinson, Tomás, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, Bs. As., Astrea, 1988-1997.

Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Mendoza, 1995.

Jiménez, Eduardo P., *Derecho constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, 2001.

Lazzarini, José L., *Constitución de la Provincia de Buenos Aires*, Bs. As., Astrea, 2002.

— *El juicio de amparo*, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 1988.

Legarre, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública*, Bs. As., Ábaco, 2004.

Linares, Juan F., *Derecho administrativo*, Bs. As., Astrea, 1986.

— *Razonabilidad de las leyes*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1970.

Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2ª ed., Bs. As., Plus Ultra, 1977-1987.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., tr. A. Gallego, Barcelona, Ariel, 1976.

Longhi, Luis R., *Derecho constitucional argentino y comparado*, Bs. As., Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

Loñ, Félix, *Constitución y democracia*, Bs. As., Lerner, 1987.

López, Mario J., *Introducción a los estudios políticos*, Bs. As., Kapelusz, 1969.

López Rosa, José R., *Historia constitucional argentina*, 5ª ed., Bs. As., Astrea, 2006.

Losa, Néstor O., *El derecho municipal en la Constitución vigente*, Bs. As., Ábaco, 1995.

Lugones, Narciso J. - Garay, Alberto F. - Dugo, Sergio O. - Corcuera, Santiago, *Leyes de emergencia. Decretos de necesidad y urgencia*, Bs. As., La Ley, 1992.

Macpherson, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo*, tr. J. R. Capella, Barcelona, Fontanella, 1970.

Maier, Julio, *Derecho procesal penal argentino*, Bs. As., Hammurabi, 1989.

Maiorano, Jorge, *El ombudsman*, Bs. As., Macchi, 1987.

Manili, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad*, Bs. As., La Ley, 2003.

Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1982.

Marshall, Geoffrey, *Teoría constitucional*, tr. R. García Cotarelo, Madrid, Espasa-Calpe, 1982.

Martínez Delfa, Norberto Q., *Génesis del derecho constitucional*, Rosario, Juris, 1991.

Meehan, José H., *Teoría y técnica legislativas*, Bs. As., Depalma, 1976.

Mercado Luna, Ricardo, *Derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 1980.

Midón, Mario A., *Manual de derecho constitucional argentino*, Bs. As., La Ley, 2004.

Miller, Jonathan - Gelli, María A. - Cayuso, Susana, *Constitución y derechos humanos*, Bs. As., Astrea, 1991.

— *Constitución y poder político*, Bs. As., Astrea, 1995.

Molinelli, N. Guillermo, *Presidentes y congresos en Argentina. Mitos y realidades*, Bs. As., Grupo Editor Latinoamericano, 1991.

Montes de Oca, Manuel, *Lecciones de derecho constitucional*, Bs. As., La Buenos Aires, 1902.

Montoya, Mario D., *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998.

Mooney, Alfredo E., *Derecho constitucional*, 2ª ed., Córdoba, Atenea, 1995.

Morello, Augusto M., *La Corte Suprema en acción*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989.

Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 6ª ed., Bogotá, Temis, 1995.

Natale, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución argentina. La reforma de 1994*, Bs. As., Depalma, 1995.

Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2007.

— *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 1992.

Oyhanarte, Julio, *Recopilación de sus obras*, Bs. As., La Ley, 2001.

Pactet, Pierre, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 9ª ed., Paris, Masson, 1989.

Padilla, Miguel M., *Derecho constitucional*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998.

— *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1996.

Peces Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Guadiana, 1973.

Pellet Lastra, Arturo, *El poder parlamentario*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995.

— *La libertad de expresión*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1973.

Pérez Guilhou, Dardo, y otros, *Atribuciones del Congreso argentino*, Bs. As., Depalma, 1986.

— *Atribuciones del presidente argentino*, Bs. As., Depalma, 1986.

— *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Bs. As., Depalma, 1995.
— *Derecho público provincial*, Mendoza, 1990-1992.
— *El Poder Judicial*, Bs. As., Depalma, 1989.

Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, Bs. As., Depalma, 1995.

Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984.
— *División de poderes e interpretación*, Madrid, Tecnos, 1987.

Pizzolo, Calógero, *Constitución nacional*, Mendoza, Cuyo, 2002.

Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Prélot, Marcel - Boulouis, Jean, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 8ª ed., Paris, Dalloz, 1980.

Puccinelli, Oscar R., *Derechos humanos y sida*, Bs. As., Depalma, 1995.
— *Protección de datos de carácter personal*, Bs. As., Astrea, 2004.

Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Bs. As., Zavalía, 1996.
— *Derecho constitucional*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1993.

Quiroga Lavié, Humberto - Benedetti, Miguel Á. - Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho constitucional argentino*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2001.

Ramella, Pablo, *Derecho constitucional*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1982.

Rébora, Juan C., *El estado de sitio*, La Plata, 1935.

Rivas, Adolfo A., *El amparo*, 2ª ed., Bs. As., La Rocca, 1990.

Romero, César E., *Derecho constitucional*, Bs. As., Zavalía, 1975.
— *Introducción al derecho constitucional*, Bs. As., Zavalía, 1973.

Rosatti, Horacio D., *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, Bs. As., Depalma, 1984.
— *Tratado de derecho municipal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1987.

Rosatti, Horacio D. y otros, *La reforma de la Constitución*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.

Sabsay, Daniel A. - Onaindia, José M., *La Constitución de los argentinos*, Bs. As., Errepar, 1994.

Sagüés, María S., *Gravedad institucional. Rol sistémico y sus funciones en el recurso extraordinario federal*, en prensa.

Sagüés, Néstor P., *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Bs. As., Astrea, 1996.
— *Constitución de la Nación Argentina*, 10ª ed., Bs. As., Astrea, 2004.
— *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, 4ª ed., Bs. As., Astrea, 1995.
— *Derecho procesal constitucional. Hábeas corpus*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1998.
— *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1992.
— *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Bs. As., LexisNexis, 2005.

— *La interpretación judicial de la Constitución*, Bs. As., LexisNexis, 2006.
— *Las leyes secretas*, Bs. As., Depalma, 1977.
— *Representación política*, Rosario, Orbir, 1973.
— *Teoría de la Constitución*, Bs. As., Astrea, 2004.

Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, 3ª ed., Madrid, Nacional, 1970.

Santiago, Alfonso (h.) - Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Bs. As., Ábaco, 2003.

Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1934.

Serra, Mercedes, *Procesos y recursos constitucionales*, Bs. As., Depalma, 1992.

Solá, Juan V., *Control judicial de constitucionalidad*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001.
— *Intervención federal en las provincias*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1982.

Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 4ª ed., Bs. As., Tea, 1951.

Spisso, Rodolfo R., *Derecho constitucional tributario*, Bs. As., Depalma, 1991.

Spota, Alberto A., *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Bs. As., Plus Ultra, 1975.

Tagle Achával, Carlos, *Derecho constitucional*, Bs. As., Depalma, 1986.

Toricelli, Maximiliano, *La acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de tutela*, Bs. As., LexisNexis, 2002.

Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, 2ª ed., Madrid, Átomo, 1988.

Touchard, Jean, *Historia de las ideas políticas*, tr. J. Pradera, Madrid, Tecnos, 1975.

Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, 1978.

Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2004.

Vanossi, Jorge R., *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, 3ª ed., Bs. As., Eudeba, 2000.
— *Régimen constitucional de los tratados*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000.
— *Teoría constitucional*, Bs. As., Depalma, 1975-1976.

Vega, Juan C. - Graham, Marisa A. (dirs.), *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Bs. As., Astrea, 1996.

Ventura, Adrián, *Consejo de la Magistratura. Jurado de enjuiciamiento*, Bs. As., Depalma, 1998.

Vergottini, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, tr. P. L. Verdú, Madrid, Espasa-Calpe, 1983.

Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Bs. As., Ediar, 1991.

Zarini, Helio J., *Constitución Argentina*, Bs. As., Astrea, 2006.
— *Derecho constitucional*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1999.

Zarza Menzaque, Alberto R., *El congreso en la Argentina finisecular*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1986.

Ziulu, Adolfo G., *Derecho constitucional*, Bs., As., Depalma, 1997-1998.

de 1949: 247.
de 1957: 249.
de 1994: 258.
de Tucumán: 213 y ss.
Asamblea legislativa: 457.
Asignaciones familiares: 1111.
Asilo: 931.
Asociación compulsiva: 987.
Ataque exterior: 720.
Auditoría General de la Nación: 472.
Autarquía judicial: 603.
Autodegradación: 885.
Autointegración: 57.
Autonomía municipal: 828.
Autonomía universitaria: 804.
Averiguación de antecedentes: 923.
Axiología constitucional: 62 y ss.

B

Banco federal: 789.
Bancos provinciales: 790.
Bicameralismo: 438.
Bien común: 1043.
Bien de familia: 1112.
Bloque de constitucionalidad: 130.
Bloques parlamentarios: 460.

C

Cámara de Diputados: 448 y ss.
base de representación: 448.
condiciones para acceder: 449, 462.
corrección y exoneración: 469, 470.
duración: 454.
elección: 451, 468.
incompatibilidades: 463.
número: 453.
renuncias: 471.
vacancias y suplencias: 455.
Cámara de Senadores: 440 y ss.
base de representación: 441.
condiciones para acceder: 442, 462.
corrección y exoneración: 469, 470.
duración: 445.
elección: 443, 468.
incompatibilidades: 463.
número: 444.
renuncias: 471.
vacancias y suplencias: 446.
Cambio jurisprudenciales: 1156.
Capital Federal: 363 y ss., 591.
Cárceles: 903, 1163 y ss.
Cargas públicas: 1198, 1199.
Casación: 738.
Censura: 946 y ss.
Cesiones provinciales de lugares: 364.
Cinematografía: 960.
Circulares telefónicas: 575.
Ciudad Autónoma de Buenos Aires: 829 y ss.
Ciudadanos: 388.
Clases sociales: 27 y ss.
Clasificación de las constituciones: 81 y ss.
Cláusula abierta: 856.
Cláusula de la prosperidad: 796.
Cláusulas constitucionales: ver *Normas constitucionales.*
Cláusulas programáticas: 95, 96, 278.
Colegios profesionales: 304.
Colonización e inmigración: 806.
Comando General Electoral: 431.
Comercio internacional e interprovincial: 779, 782.
Comicios: 427.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 841.
Comisionado (interventor) federal: 681.
Comisiones parlamentarias
composición: 459.
delegación legislativa: 512.
fines: 458.
investigadoras: 495.
Compensación económica familiar: 1111.

Competencias
jurisdiccionales federales: 745 y ss.
ajena al Poder Judicial: 748.
de la Corte Suprema: 747 y ss.
por razón de la materia: 746.
por razón de las personas: 746.
por razón del lugar: 746.
presupuestarias y tributarias federales: 749 y ss.
tributarias provinciales: 781 y ss.
coparticipación Nación-provincias: 768.
ley convenio: 769, 770.
y financieras nacionales: 716 y ss.
Compraventa de personas: 1153.
Compulsión a publicar: 956.
Concepción y embarazo: 877.
Concesión
de facultades extraordinarias: 733.
de honores: 808.
Conciliación y arbitraje: 1081.
Concursados: 927.
Condiciones dignas y equitativas de labor: 1062.
Confesiones compulsivas: 1132.
Confiscación: 1034 y ss.
Conflicto de poderes: 638.
Conflictos entre los derechos constitucionales: 841, 867 y ss., 950, 957, 972 y ss.
Congreso de la Nación: 436 y ss.
Congresos constituyentes: ver *Asamblea constituyente.*
Conmoción interior: 720.
Conmutaciones de penas: 748.
Consejo constitucional: 181.
Consejo
de la Magistratura: 596 y ss.
de la Revolución: 181.
de los Custodios: 181.
Consolidación de deudas: 813.
Constitución
aplicación: 53.
arquitectura: 36.
autocrática: 81.
codificada: 82.
contenido: 37, 74.
corta: 83.
definitiva: 85.
democrática: 81.
eficaz: 86.
extensa: 83.
extinción: 122.
ideología: 75.
integración: 53 y ss.
interpretación: 39 y ss.
no eficaz: 86.
nombre: 73.
oficial: 72.
partes: 36, 76.
reformas: 79.
relaciones con las normas infraconstitucionales: 80.
sanción y promulgación: 119.
suspensión: 120.
transitoria: 85.
vigencia: 77 y ss.
Constitución argentina
antecedentes: 267.
características: 268.
fines: 269, 270.
ideología: 272 y ss.
textos: 266.
vigencia: 278 y ss.
Constitución de Cádiz: 207.
Constitución de la Confederación Argentina: 229 y ss.
Constitución de la Nación Argentina (1860): 234.
sustituciones: 245, 248, 253.
vigencias, reformas, suspensiones: 235 y ss.
Constitución de la República Argentina (1826): 221.
Constitución de las Provincias Unidas de Sudamérica: 216.
Constitución de 1949: 245.
Constitucionalismo: 1 y ss.
actual: 13.
bases ideológicas: 4, 8.

corporativo: 12.
etapas: 2 y ss.
inorgánico: 224.
marxista: 11.
neoliberal social: 10.
orgánico: 226 y ss.
precario y transitorio: 197 y ss.
provincial argentino: 260 y ss.
resultados: 5, 7.

Constituciones provinciales: 264 y ss.

Cónsules y vicecónsules: 746.

Consultas populares: 359.
no vinculantes: 433.
vinculantes: 435.

Consumidores y usuarios: 1098 y ss.

Contra derechos: 870.

Contribuciones: 767, 776.

Control de constitucionalidad en la Argentina: 298 y ss., 1186.

Control parlamentario: 624 y ss.

Convención de Viena del Derecho de los Tratados: 143.

Convenios colectivos: 1079 y ss.

Convertibilidad de la moneda: 795.

Coparticipación fiscal: 786.

Correos: 775.

Corte
Interamericana de Derechos Humanos: 841.
nacional de casación: 738.
Suprema de Justicia de la Nación: 582 y ss.
autoridades: 587.
competencia originaria y por apelación: 747 y ss.
conjueces: 585.
división en salas: 588.
elección de sus miembros: 583.
número: 584.
reglamento: 614.

Cortes federales: 581.

Cosa juzgada: 611, 612, 1136.

Costumbre constitucional: 145 y ss.
derogación: 155.
en la Constitución argentina: 279.
formación: 147.
legitimidad: 156.
prueba: 149.
tipos: 150.
valor: 151.

Crecimiento armónico de la población: 799.

Cuenta de inversión: 756.

Cuerpo electoral: 422 y ss.

"Cuestión federal": 328, 331.

Cuestiones políticas no justiciables: 301.

Culto católico: 705.

"Cuotas benignas": 1009.

D

Deber
de curarse: 883.
de veracidad: 943.
de votar: 1170.

Deberes constitucionales: 962, e, 1192 y ss.
carácter: 1200.
clasificación: 1194.
descripción: 1195 y ss.
etapas: 1193.

Debido proceso adjetivo y sustantivo: 1117 y ss.

Declaración de inconstitucionalidad: 174 y ss., 1186, 1189.

Decretos
del Congreso: 522.
del Poder Ejecutivo: 568 y ss.
autónomos: 571.
de ejecución: 569.
de necesidad y urgencia: 573, 576, 577.
delegados: 572 y ss.
secretos: 578.

Defensa
de la competencia: 1100.
de la democracia: 820.
derecho a: 1130
nacional: 715.

Defensor General de la Nación: 619.

Defensoría del Pueblo: 473 y ss.

Delegación legislativa: 572.
de primer grado: 572.
de segundo grado: 575.
en comisiones: 512.
subdelegación: 574.

Delitos
amnistiables: 740.
constitucionalizados: 1153.
contra el derecho de gentes: 146, 1153.
de autor y de sospecha: 1151.
de peligro abstracto: 1152.
tipificación: 1149 y ss.

Demagogia: 94.

Democracia: 340, 347.

Democracia sindical: 1077.

Derecho
a casarse: 1105.
a comerciar: 1051.
a constituir partidos políticos: 1172.
a contratar: 1054.
a divorciarse: 1107.
a la calidad de vida: 886.
a la dignidad: 888.
a la identidad: 891.
a la igualdad: 1003 y ss.
a la imagen: 906.
a la información personal: 919.
a la inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados: 918.
a la inviolabilidad del domicilio: 913.
a la jurisdicción: 1121.
a la maternidad: 1109.
a la nacionalidad: 892.
a la opinión y crítica: 938.
a la organización sindical: 1075.
a la personalidad jurídica: 889.
a la preservación del medio ambiente: 887.
a la privacidad: 906 y ss.
a la propia imagen: 894.
a la reparación: 1027, h.
a la salud: 882.
a la seguridad: 896 y ss.
a la vida: 872 y ss.
a las etapas del proceso: 1128.
a navegar: 1056.
a no contratar: 1055.
a no declarar la religión: 977.
a no expresarse: 936.
a no hacer lo permitido: 899.
a no practicar culto: 978.
a portar armas: 902.
a realizar lo no prohibido: 898.
a ser elegido: 1171.
al conocimiento del delito de la condena: 1137.
al debido proceso: 1117 y ss.
al diploma: 1001.
al honor: 893.
al nombre: 890.
al pasaporte: 926.
al silencio: 936.
al trabajo: 1059.
común: 737.
de asociación: 985 y ss.
de comunicarse: 937.
de enseñar y aprender: 994 y ss.
de expresión: 935.
de huelga: 1082.
de iniciativa popular de leyes: 1174.
de locomoción: 921 y ss.
de pensamiento: 934.
de peticionar: 990 y ss.
de practicar culto: 967 y ss.
de prensa: 940 y ss.
de propiedad: 1022 y ss.
de réplica: 953 y ss.
de resistencia a la opresión: 1175.
de reunión: 980 y ss.
de trabajar: 1058 y ss.
de tránsito: 924.
de votar: 1170.

Derecho constitucional: 1 y ss.
concepto: 14.
conexiones con otras disciplinas: 19.
denominación: 15.
desarrollo académico: 20 y ss.
dimensión axiológica: 25, 62 y ss.
fáctica: 24, 59 y ss.
normativa: 23.

formal primario: 125 y ss.
secundario: 128 y ss., 281.
historia: 1 y ss.
informal primario: 145 y ss., 279.
secundario: 282.
metodología: 32 y ss.
militar: 711 y ss.
partes: 16.
principios: 17.
supremacía: 284 y ss.
tributario: 757 y ss.
y derecho de clase: 29.
y derecho internacional: 131 y ss., 289.

Derecho consuetudinario constitucional: 279.

Derecho-deber de votar: 1170.

Derecho electoral: 420 y ss.

Derecho federal: 736.

Derecho informal: 145 y ss., 279, 282.

Derecho informático: 919.

Derecho judicial: 169, 170.

Derecho local: 743.

Derecho nacional: 735.

Derecho natural: 160.

Derecho parlamentario: 437.

Derecho penal "de autor" y "de acto": 1151, 1162.

Derecho procesal: 742.

Derecho procesal constitucional: 298.

Derecho repentino: 145, 148, 280.

Derechos adquiridos: 1027.

Derechos constitucionales
base ideológica: 843 y ss.
clasificación: 852 y ss.
de la mayoría: 864.
de los consumidores y usuarios: 1098 y ss.
de primera, segunda y tercera generación: 853.
ecológicos: 886.
económico-sociales: 866, 1022 y ss.
eficacia en la Argentina: 851.
explícitos: 855.
extraconstitucionales: 840.
generales: 866.
imputados: 861.
inferidos: 858.
no enumerados: 859.
personalísimos: 866.
políticos: 866, 1167 y ss.
procesales y penales: 866, 1115 y ss., 1147 y ss.
reproductivos: 1109.
vigencia: 848 y ss.

Derechos humanos: 700, 838.

Derechos laborales: 1061 y ss.

Desafuero: 486.

Desarrollo humano: 799.

Descanso y vacaciones pagados: 1064.

Descapitalización de Buenos Aires: 830.

Desindexación: 1028.

Despido arbitrario: 1070.

Destitución
de legisladores: 462, 470.
del presidente: 545.

Detallismo: 94.

Determinación de la norma constitucional: 50 y ss.

Dignidad humana: 888.

Discapacitados: 1020.

Discriminación
inversa: 1009.
sexual: 1015 y ss.

División de los poderes: 348.

Doble imposición: 785.

Doble nacionalidad: 397.

Doctrina: 167.

Domicilio: 914, 925.

Dominio y jurisdicción: 382.

Dualismo: 137.

E

Economía nacional: 799.

Ecosistema: 886.

Educación de los hijos: 1110.

Educación y cultura. Reforma de 1994: 802 a 804.

Eficacia de los derechos constitucionales: 851.

Embajadores: 689, 746.

Emisión monetaria: 792.

Empleo: 799, 1059.

Empréstitos: 772.

Entes reguladores de servicios públicos: 1101.

Esclavitud: 1010.

Escrutinio electoral: 428.

Estabilidad
de los docentes: 998.
del empleado público: 1071 y ss.

Establecimientos de la Nación: 375.

Estado argentino: 334 y ss.
nombres: 334.
población: 388 y ss.
poderes: 406 y ss.
régimen político: 338 y ss.
símbolos: 336.
territorio: 353 y ss.

Estado de asamblea: 732.

Estado de derecho: 352.

Estado de necesidad: 810 y ss.
como dispensa de la Constitución: 814.
como opción constitucional: 813.
concepto: 810.
efectos: 812.
ejercicio legítimo o espurio: 811.

Estado de sitio: 719 y ss.
autoridades que lo declaran: 720, 721.
causales: 720.
efectos: 725 y ss.
fines: 720.
tiempo y lugar: 722 y ss.

Estado empresario: 798.

Estados extranjeros: 746.

Estatuto fundamental de 1972: 254.

Estatutos argentinos
de la Revolución Argentina: 253.
de 1811: 205.
de 1815: 212.
de 1816: 214.
del Proceso de Reorganización Nacional: 256.

Estupefacientes: 910.

Ética pública: 908.

Eutanasia: 879.

Exenciones impositivas: 787, 807.

Expropiación: 1039 y ss.
abandono: 1047.
de dinero: 1042.
indemnización: 1044 y ss.
irregular: 1049.
objeto: 1041 y ss.
retrocesión: 1048.
sujetos: 1040.

Expulsión
de estudiantes: 1000.
de extranjeros: 405.

Extinción de la Constitución: 122.

Extradición: 930.

Extranjeros: 390, 398 y ss., 746.

F

Facultades explícitas e implícitas: 620 y ss.

Facultades extraordinarias: 733.

Familia: 1104 y ss.

Fecundación asistida: 880.

Federalismo: 351.

Ferrocarriles: 805.

Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas: 637.

Formación profesional de los trabajadores: 799.

Fronteras: 361.

"Frutos del árbol venenoso": 1134.

Fuentes del derecho constitucional: 70 y ss.

Fuero
constitucional: 176.
sindical: 1088.

Fueros
parlamentarios: 484 y ss.
personales: 1012.
Fuerzas armadas: 567, 709 y ss.
designación de sus cuadros: 713.
poder de mando: 712.
poder de organización: 711.
Función social de la propiedad: 8, 1025.

G

Gabinete nacional: 549.
"Garantía federal": 670.
Garantías
constitucionales: 839.
del Poder Judicial: 601 y ss.
del Poder Legislativo: 481 y ss.
Gatopardismo: 94.
Generación de empleos: 799.
Gobernadores provinciales: 655 y ss.
Gobiernos *de facto*: 815 y ss.
Gravedad institucional: 330.
Guerra: 291, 404.
Guerra interprovincial: 663.

H

Hábeas corpus: 307 y ss.
correctivo: 310.
preventivo: 311.
restringido: 309.
trámites: 313.
variantes: 308, 314.
Hábeas data: 317, 326.
Habitantes: 388.
Heterointegración: 53.
Homosexualismo: 1018.
Honores: 808.
Horario de protección al menor: 959.
Huelga: 1082.

I

Ideología
de la constitución: 75.
de la Constitución argentina: 272 y ss.
del constitucionalismo: 4, 8.
del derecho a la igualdad: 1004.
del derecho de propiedad: 1023.
Idoneidad: 1013.
Iglesia Católica: 704 y ss.
Igual remuneración por igual tarea: 1067.
Igualdad
ante las cargas públicas: 1014.
procesal: 1124.
Imparcialidad del Estado: 968.
Imperio constitucional. Reforma de 1994: 821.
Imposibilidad
material de cumplimiento de la Constitución: 814.
racional: 814
Impuestos: 763 y ss.
Inconstitucionalidad
del ejercicio del poder constituyente: 114.
evolutiva: 189.
por omisión: 96, 277.
relativa: 189.
Indexación: 1028.
Indígenas: 1019.
In dubio pro reo: 1135.
Indultos: 748.
Informaciones falsas y erróneas: 958.
Informes escritos del Poder Ejecutivo: 494.
Ingreso
a la docencia: 996.
de estudiantes: 999.
Iniciativa popular de leyes: 434.
Inmigración: 399, 806.
Inmunidad
de arresto: 482.
de opinión: 481.
Integración de la norma constitucional: 53 y ss.
"Internado": 404.
Interpelaciones: 493.

Interpretación
de la Constitución: 39 y ss.
armonizante: 840, 1186.
democrática: 45.
dinámica: 43.
estática: 43.
extensiva: 42.
histórica: 41.
literal: 41.
mutativa: 44.
no interpretativismo: 45.
previsora: 47.
restrictiva: 42.
sistemática: 40.
de las leyes fiscales: 762.
del derecho informal: 49.
penal analógica y extensiva: 1154.
Intervención federal: 670 y ss.
causales: 672.
efectos: 679.
fines: 671.
práctica: 685.
trámite: 677.
Islas Malvinas: 356.

J

Jefatura de Gabinete de Ministros: 551 y ss.
Jefes de Estado: 746.
Jerarquía constitucional de los tratados: 292.
Jerarquía de los derechos constitucionales: 867 y ss.
Jornada limitada: 1063.
Jubilaciones y pensiones: 1095 y ss.
Judiciabilidad
de la declaración de intervención a provincias: 686.
de la declaración de utilidad pública: 1039 y ss.
de la declaración del estado de sitio: 724.
de la reforma constitucional: 417.
Jueces
designación: 601.
en comisión: 601.
garantías: 602, 604.
incompatibilidades: 608.
remoción: 605.
sanciones disciplinarias: 606.
tope de edad: 607.
Juez natural: 1143.
Juicio político: 605, 626.
causales: 629.
naturaleza: 627.
operatividad: 633.
sujetos comprendidos: 628.
trámite: 630.
Junta Grande: 200, 204.
Jurado de enjuiciamiento: 600, 605.
Jurados: 592.
Juramento: 971.
Jurisdicción federal en materia de prensa: 963; ver *Competencias jurisdiccionales federales.*
Jurisdicción supranacional: 841.
Justicia
administrativa: ver *Tribunales administrativos.*
pronta: 1125.
social: 8, 283, 799.
Justicialismo: 245, 263.

L

Lagunas constitucionales: 53 y ss.
Lealtad federal: 669, 656, 659.
Legislación sobre prensa: 962.
Legisladores provinciales: 489.
Legitimación para reclamar ante la violación de derechos constitucionales: 865, 1006.
Legitimidad del poder constituyente: 104, 116.
Lenguaje constitucional: 35.
Ley: 506 y ss.
aclaratoria: 518.
anulación: 516, f.
convenio: 520.
de coparticipación: 769.

de cupos femeninos: 1016.
derogación: 516, f.
en blanco: 519, 1149.
general y especial: 518.
iniciativa: 507.
más benigna: 1158.
penal retroactiva: 1157.
previa: 1155.
promulgación y publicación: 511.
reforzada: 128.
secreta: 521.
trámite: 511 y ss.

Leyes
constitucionales: 125.
constitucionalizadas: 126.
cualificadas: 127.
de base: 129.
especiales: 129.
reforzadas: 128.

Libertad: 4, 8.
de cátedra: 997.
de conciencia y culto: 965.
de enseñanza: 995.
de expresión: 933 y ss.
de locomoción: 923 y ss.
de pensamiento: 934 y ss.
de prensa: 940 y ss.
sindical: 1076.

Límites territoriales: 357 y ss., 370, 374.

Lock out: 1085.

Locomoción: 921 y ss.

M

Magistratura constitucional: 169, 299.

Mar Argentino: 385.

Maternidad: 1109.

Matrimonio: 969.

Medio ambiente: 887.

"Memoria detallada": 559.

Menores: 1020, 1113.

Mercosur: 691.

Metodología constitucional: 32 y ss.

Métodos: 32.
de las comparaciones: 67.
de las compensaciones: 68.
de las generalizaciones: 66.
de las variaciones: 68.
del fraccionamiento: 65.

Ministerio Público: 615 y ss., 637.

Ministros: 549 y ss.
duración: 550.
funciones: 556 y ss.
incompatibilidades: 562.
prerrogativas: 563.
responsabilidades: 564.

Moneda: 788 y ss.
convertibilidad: 795.
emisión: 792 y ss.
valor: 794.

Monismo: 137.

Monopolios legales y naturales: 1100.

Moral pública: 908.

Mujer: 1015 y ss., 1109.

Municipios: 824 y ss.
alternativas jurisprudenciales y legales: 826.
regímenes: 825.

N

Nacionalidad: 391 y ss.

Naturalización: 391 y ss.

Necesidad y urgencia: 576.

Neoconstitucionalismo: 13.

Niño: 1113.

Nobleza: 1011.

No interpretativismo: 45.

Nombre de las personas: 890, 970.

Nombre del Estado argentino: 334 y ss.

Non bis in ídem: 1139.

Normas comunes alteradas por la Constitución: 80.

Normas constitucionales
de conducta: 91.
de contenido: 37, 92.
de excepción: 88.

de organización: 91.
de procedimiento: 92.
declarativas: 95.
determinación: 50.
fieles: 87.
formulación: 35.
funcionamiento: 38 y ss.
generales: 89.
gestación: 34.
individuales: 89.
infieles: 87.
integración: 53.
interpretación: 39 y ss.
operativas: 97.
principales: 90.
programáticas: 95, 274.
regulares: 88.
vigentes: 93.

Normas extranjeras: 157 y ss.

Normas procesales: 1119 y ss.

Nuevo desarrollo: 799.

Números vivos: 1055.

O

Objeción de conciencia: 718.

Ocupación temporánea: 1050.

Ombudsman: 473 y ss., 634.

Orden de allanamiento: 916 y ss.

Orden público: 908.

P

Pacto de San José de Flores: 232.

Pacto Federal: 224.

Pactos sobre penas: 1162, f.

Parlamento Latinoamericano: 477.

Participación de los empleados en las ganancias, dirección y producción de las empresas: 1069.

Partidos políticos: 342 y ss., 1172 y ss.
reforma constitucional de 1994: 341.

Patria potestad: 1110.

Peaje: 777.

Pena: 1158 y ss.
actualización: 1161.
de muerte: 874 y ss.
irretroactividad: 1160.
privativa de la libertad: 1163.
problemas constitucionales: 1162.

Pensiones: 809.

Per saltum: 333.

Perjuicio a terceros: 908.

Perpetuatio iurisdictionis: 1144.

Pesas y medidas: 780.

Pesificación: 1029.

Petición: 990 y ss.
calificada: 991.
prohibida: 992.
simple: 990.

Plagio constituyente: 94.

Planes de instrucción: 801.

Plataforma continental: 385.

Población: 388, 389.

Poder constituyente: 98 y ss.
derivado: 107 y ss.
ejercicio: 102.
interno: 99.
legitimidad: 104.
límites: 110 y ss.
operadores: 103.
órganos: 109.
originario: 99 y ss.
responsabilidad: 105 y ss., 117.
titularidad: 102.
topes: 101, 115.

Poder constituyente argentino: 406 y ss.
judiciabilidad de la reforma: 417.
períodos: 409.
provincial: 118, 646 y ss.
puntos de reforma: 412.
relaciones: 622.
trámite de la reforma: 413 y ss.

Poder de policía: 1179 y ss.

Poder disciplinario del Congreso: 492.

Poder Ejecutivo: 523 y ss.
composición: 526.
condiciones: 527.

crecimiento de sus competencias: 523.
duración: 529, 539.
elección: 529 y ss.
incompatibilidades: 537.
juramento: 536.
reelección: 540.
relaciones: 635.
título: 525.
Poder electoral: 418 y ss.
autoridades: 432.
desarrollo: 423 y ss.
dimensiones: 419.
productos: 432.
relaciones: 623.
Poder Judicial: 580 y ss., 636; ver *Jueces*.
Poder Legislativo: 436 y ss.
asamblea legislativa: 457.
bloques: 460.
Cámara de Diputados: 448 y ss.
Cámara de Senadores: 440 y ss.
comisiones: 458.
estructura: 438.
presidencia: 439.
relaciones: 58.
Poder municipal: 824 y ss.
autonomía: 828.
estatuto jurídico de la Ciudad de Buenos Aires: 830 y ss.
Poder preconstituyente: 108 y ss., 410.
Poder reglamentario de los derechos constitucionales: 1179 y ss.
Poderes implícitos: 620.
Preámbulo: 269, 276.
Precio de los periódicos: 945.
Preconstitucionalismo: 2.
Prescindibilidad: 1074.
Presidente de la Nación: 523 y ss.
condiciones: 527.
duración: 535.
elección: 525 y ss.
reelección: 540 y ss.
Presidente del Senado: 447.
Presos: 903.
Presunción de inocencia: 1135.
Presupuesto: 749 y ss.
anualidad: 752.
cierre de cuentas: 755.
iniciativa: 750.
globalidad: 753.
Previsión social: 1092.
Primera Junta: 198.
Principio de oportunidad: 1162, f.
Principio de razonabilidad: 1183.
Principios de legalidad: 1148, 1182.
Principios del derecho: 162 y ss.
del derecho internacional: 166.
específicos del derecho constitucional: 17, 165.
generales: 164.
Privación ilegítima de la libertad
indemnización: 1165.
Privilegios: 807.
Procedimiento legislativo: 507 y ss.
Proceso constitucional argentino: 192 y ss.
Procesos constitucionales: 350.
Procesos penales escritos: 1127.
Procuración General de la Nación: 616.
Procuración General del Tesoro de la Nación: 635.
Producción compulsiva: 1052.
Prófugo: 1141.
Promulgación de la Constitución: 119.
Promulgación y publicación de la ley: 511.
Propiedad: 1026 y ss.
autoral: 1030.
enemiga: 1037.
industrial y comercial: 1033.
intelectual: 1032.
Proscripciones políticas: 1173.
Protección
a la familia: 1104 y ss.
contra el despido arbitrario: 1070.
Protocolo de Palermo: 227.
Provincias: 366 y ss.

competencias: 666 y ss.
conflictos limítrofes: 369 y ss.
igualdad: 642 y ss.
"incorporadas": 297, 644.
indestructibilidad: 367.
islas: 384.
lagos: 383.
naturaleza jurídica: 640.
"nuevas": 643.
origen histórico y normativo: 639.
otros poderes provinciales: 658.
parte en procesos judiciales: 746.
poder constituyente: 646 y ss.
Poder Ejecutivo: 655 y ss.
Poder Judicial: 657.
Poder Legislativo: 654.
relaciones interprovinciales: 659 y ss.
ríos: 382.
secesión: 368, 641.
subsuelo: 379.
Proyecto de Mariano Moreno: 199.
Proyectos constitucionales en la Asamblea del año XIII: 210.
Pruebas inválidas: 1134.
Publicidad
de los actos de gobierno: 348.
y propaganda: 1099.
Público y privado: 909.
Pueblo: 388.

Q

Quejas provinciales: 664.
Quórum: 502 y ss.

R

Radio y televisión: 959.
Razonabilidad: 1183.
"Real malicia": 958 y ss.
Recompensas: 807.
Recurso extraordinario federal: 327 y ss.
Recursos naturales provinciales: 379.
Reducción de penas: 1162, f.
Reelección presidencial: 540.
Reforma constitucional
de 1860: 237.
de 1866: 238.
de 1898: 240.
de 1949: 245.
de 1957: 249.
de 1994: 258.
Refrendo y legalización: 558.
Régimen carcelario: 1163.
Régimen federal: 350.
Regiones: 665.
Reglamentación de la ley
por el presidente: 569.
por ministros: 557.
Reglamentaciones: 1179 y ss.
de la igualdad: 1008.
de la libertad de cultos: 975.
de la propiedad: 1030.
del derecho de reunión: 982.
Reglamento
de 1817: 215.
sobre división de los poderes: 203.
sobre libertad de imprenta: 201.
Reincidencia: 1139, 1162, g.
Relaciones
exteriores: 688 y ss.
interprovinciales: 659 y ss.
reforma de 1994: 706.
y controles entre los poderes del Estado: 621 y ss.
Relaciones entre el Gobierno federal y las provincias: 666 y ss.
Remuneración igual por igual tarea: 1068.
Renuncia del presidente: 545.
Renuncias de legisladores: 471, 488.
Réplica: 953 y ss.
Representación política: 263 y ss.
Representantes gremiales: 1086 y ss.
República: 347 y ss.
Requisiciones: 1038.
Reserva de la ley: 898, 1149.
Resistencia a la opresión: 1175.

Resoluciones del Congreso: 522.
Responsabilidad estatal por el ejercicio del poder constituyente: 105 y ss., 117 y ss.
Restricciones a la prensa: 961.
Retribución justa: 1065.
Revoluciones: 3.

S

Salario mínimo vital y móvil: 1067.
Sanción tácita
exclusión: 515.
Secesión de las provincias: 368.
Secretarías y subsecretarías de Estado: 565.
Secreto industrial y comercial: 1053.
Secreto periodístico: 944.
Sede del tribunal: 1146.
Sedición: 663, 1153.
Seguridad
de las personas: 898.
del Estado: 897.
en las cárceles: 903.
exterior: 715.
interior: 897.
jurídica: 900.
pública: 901.
social: 904, 1090 y ss.
Seguro
de desempleo: 1058.
de salud: 1091.
social obligatorio: 1091.
Sentencia-ley: 610.
Sentencias: 609, 1136.
aditivas: 609.
arbitrarias: 329.
constitucionales: 191.
del Congreso: 522.
exhortativas: 609.
manipulativas: 609.
Servicio militar: 717, 973.
Servicios
personales: 1199.
públicos: 1101.
Sesiones legislativas
formas: 501.
quórum: 502.
receso: 499.
tipo: 498.
Sida: 1013, 1106.
Símbolos patrios: 336 y ss.
Sindicatos: 1075 y ss.
Sindicatura General de la Nación: 635.
Sistema acusatorio: 1127.
Subsidios a las provincias: 778.
Sufragio: 422 y ss.
Suicidio: 878.
Sujetos de los derechos constitucionales: 862, 863.
Suma del poder público: 733.
Supremacía
de la Constitución: 284 y ss.
de los tratados: 141, 290.
Suspensión de la Constitución: 120, 121.

T

Tasas: 776.
Techos ideológicos de la Constitución argentina: 272 y ss.
Tenencia de estupefacientes: 910.
Territorio
aéreo: 387.
argentino o nacional: 353 y ss., 356.
federal: 362 y ss.
insular: 384.
lacustre: 383.
marítimo: 385 y ss.
municipal: 380.
provincial: 366 y ss.
Territorios de las provincias: 366 y ss.
Territorios nacionales: 365.
Tesoro nacional: 757 y ss., 776.
Test de legalidad: 1182.
Test de razonabilidad: 1183.

Textos de la Constitución argentina: 266.
Tipos penales abiertos: 1150.
Títulos de los legisladores: 496.
Títulos de nobleza: 1011.
Trabajo forzoso: 1164.
Traición a la Patria: 1153.
Transexualismo: 1018.
Transferencia de competencias nacionales a organismos supranacionales: 691, 841.
Tratados históricos
de Pilar y Benegas: 218.
del Cuadrilátero: 219.
Federal: 224.
Tratados internacionales
a constitucionalizar: 293.
constitucionalizados: 292.
contenido: 690 y ss.
de integración: 695.
denuncia: 134, 700.
derogación: 134, 701.
ejecutivos: 698.
incorporación al derecho interno: 135.
objetivos: 689.
reglas de contenido: 136.
de ejecución: 133, 699 y ss.
de elaboración: 132, 692 y ss.
relaciones con el derecho interno: 137 y ss.
supremacías
sobre la Constitución: 141, 290.
sobre las leyes: 691.
Tratados interprovinciales: 660 y ss.
Travestis y transexuales: 968.
Tribunal constitucional: 176, 181.
Tribunales
administrativos: 304, 593 y ss., 635, 1122.
de cuentas: 304.
de enjuiciamiento de magistrados: 304.
inferiores a la Corte Suprema: 590.
locales: 738.
militares: 595, 1123.
por jurados: 592.
Triunviratos: 202, 208.
Tropas extranjeras: 703.
Tutela sindical: 1087.

U

Universidades: 804.
Uso alternativo del derecho: 45.
Utopismo: 93.

V

Vacaciones: 1064.
Valores constitucionales: 63 y ss.
Vecinos: 746.
Venta y locaciones de tierras nacionales: 774.
Veto: 516.
Vicepresidente de la Nación: 544.
Vigencia de la Constitución: 92 y ss., 123.
Vigencia de los derechos constitucionales: 851.
Visitas a las cárceles: 912.
Vivienda digna: 1097.
Voto: 422, 428, 1170.

W

Writ of certiorari: 332.

Z

Zona económica exclusiva: 385.
Zonas de conflicto: 716.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en EDITORIAL ASTREA, Lavalle 1208, y fue impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2433, Ciudad de Buenos Aires, en la segunda quincena de abril de 2007.

9 789505 087716

EDITORIAL ASTREA de ALFREDO y RICARDO DEPALMA SRL

www.astrea.com.ar - info@astrea.com.ar