

LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

I. Fisonomía.	62
II. Fines de la Constitución. El preámbulo	63
III. El sistema de derechos	64
IV. Derechos individuales	66
1. Libertad. Variables	67
2. Derecho a la vida. Salud.	73
3. Dignidad. Honor.	74
4. Igualdad	75
5. Propiedad	76
6. Seguridad jurídica	78
V. Derechos sociales	79
1. Laborales	79
2. Derechos colectivos del trabajo	82
3. Garantías de los representantes gremiales	83
4. Derechos asistenciales y prestacionales	83
5. Acceso a una vivienda digna	85
6. Derechos de los consumidores y usuarios	85
7. Familia.	86
8. Tutela de las mujeres, niños, ancianos y discapacitados en general	87
VI. Derechos culturales.	87
1. Ambiente	88
2. Información	88
3. Intimidad.	89
4. Migración	89
5. Diversidad lingüística y étnica	90

VII. Derechos políticos	91
1. Ciudadanía.	92
2. Partidos políticos	93
3. Sistema electoral	95
4. Derecho a elegir y a ser elegido.	97
5. Participación política. Iniciativa popular y consulta popular.	98
6. Derecho de resistencia a la opresión	99
VIII. Garantías	100
1. Amparo	100
2. <i>Hábeas data</i>	104
3. <i>Hábeas corpus</i>	106
4. Garantías procesales.	107
5. Garantías penales	110
IX. Garantías específicas respecto de la reglamentación de los derechos.	112
X. Soberanía	114
XI. Gobierno	117
XII. El Congreso	117
1. Estructura bicameral.	117
2. La Asamblea Legislativa	119
3. Funcionamiento. Garantías	120
4. El proceso legislativo	123
XIII. El Poder Ejecutivo	126
1. Condiciones. Elección.	127
2. Periodo presidencial. Reelección. Acefalías	129
3. El vicepresidente	130
4. Los ministros y el jefe de Gabinete de Ministros.	131
5. Decisiones presidenciales. Decretos y otras normas	133
XIV. La justicia.	134
1. Reglas de organización	135
2. Reglas de competencia	137
3. Reglas garantistas	137
4. El Consejo de la Magistratura. Designación de magistrados judiciales	139
5. Remoción de jueces. El Jurado de Enjuiciamiento	141

XV. Otros órganos constitucionales relevantes	141
1. Ministerio Público	141
2. Defensor del pueblo	142
3. Auditoría General de la Nación	143
4. Otros entes constitucionales	144
XVI. Frenos y contrapesos. Relaciones entre los poderes del Estado. El juicio político	144
1. Modalidades	144
2. El juicio político	146
3. Conflictos de poderes	148
XVII. Organización política. El sistema federal argentino	149
XVIII. Las provincias. Situación jurídica	150
1. Poder constituyente. Integridad, secesión	150
2. Relaciones interprovinciales	152
3. Relaciones internacionales	153
4. Regiones	153
5. Competencias vedadas para las provincias	154
XIX. Situación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	154
XX. Relaciones entre la nación y las provincias	155
XXI. Competencias federales	155
1. Relaciones exteriores	156
2. Defensa y seguridad	157
3. Competencias legislativas en materia de derecho fede- ral, común y local	158
4. Competencias judiciales	160
5. Competencias federales en materia presupuestaria, tri- butaria, económica y comercial, y de fomento	161
XXII. Competencias tributarias provinciales	167
XXIII. La intervención federal	168
XXIV. El régimen municipal. Diseño constitucional y aplicacio- nes en provincias	169
XXV. Supremacía de la Constitución. Constitución y tratados internacionales	170

XXVI Estados de excepción.	173
1. Guerra	173
2. Estado de sitio	173
3. Suspensión de derechos y garantías.	175
4. Ley marcial	175
5. Emergencia económica	176
6. Gobiernos <i>de facto</i> . Cláusula de salvaguardia de la Constitución	176
7. El control de constitucionalidad	177
XXVII. Reforma de la Constitución	179
1. Etapa congresional	179
2. Etapa electoral.	181
3. Etapa convencional	181
4. Judiciabilidad de la reforma constitucional.	181
5. Reformas indirectas de la Constitución.	182
XXVIII. Evaluación. La Constitución argentina en los inicios del siglo XXI	182
Addenda. Modificaciones en el Consejo de la Magistratura y Jura- do de Enjuiciamiento Federales	183

LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

I. FISONOMÍA

A continuación se realizará una presentación de la Constitución actual en sus rasgos principales, procurando confrontar las normas constitucionales con los aportes de mayor peso, aditivos o restrictivos, realizados por la legislación y la jurisprudencia.

En definitiva, la actual Constitución argentina presenta las siguientes características:

a) *Dispersa*, ya que lo que podría denominarse el “bloque de constitucionalidad” argentino actual está conformado por un texto central que consta de un Preámbulo y 129 artículos, con más 17 disposiciones transitorias, y 13 documentos internacionales con jerarquía de texto constitucional (once mencionados por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, y dos más, a los que el Congreso, conforme dicho inciso, les ha dado rango constitucional).

b) *Extensa*, ya que si se suman las cláusulas constitucionales y las de los instrumentos de fuentes internacional con nivel constitucional, el aparato normativo es decididamente largo, y desde luego, de difícil manejo y memorización.

c) *Cronológicamente mixta*, porque sus normas provienen de momentos históricos muy distintos y espaciados; 1853, 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Ello provoca que su articulado tenga distintas fuentes ideológicas y desajustes normativos no siempre fáciles de empalmar.

d) *Relativamente rígida*, porque si bien solamente puede reformarse mediante una convención especialmente convocada al efecto (artículo 30), el Congreso está habilitado, por mayoría de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara, a dar rango constitucional a tratados y convenciones sobre derechos humanos (artículo 75, inciso 22). También el Congreso se encuentra autorizado a delegar competencias y jurisdicción a organismos supraestatales, en condiciones de igualdad y reciprocidad, respeto del orden democrático y de los derechos humanos (artículo 75, inciso 24).

II. FINES DE LA CONSTITUCIÓN. EL PREÁMBULO

La Constitución vigente cuenta con un preámbulo, prácticamente igual al de su versión original de 1853. Los fines que enuncia son constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, invocando la protección de Dios, “fuente de toda razón y justicia”.

El preámbulo argentino muestra, en primer término, la duplicidad ideológica inicial de la Constitución: ¿cuál es el valor supremo para ella? ¿la *justicia*, mencionada dos veces, tan emparentada con el bien común (“bienestar general”)? ¿o la *libertad*, cuyos beneficios promete el preámbulo, enfáticamente, “para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”? En otros términos: ¿es la Constitución fundamentalmente cristiana, o principalmente liberal? Y después de las reformas constitucionales de 1957 y 1994, que acoplan al texto precedente principios del Estado social de derecho (la primera, con el artículo 14 “bis”; y la última, en particular, con el artículo 75, inciso 19, que menciona explícitamente a la justicia social), ¿puede sostenerse que prevalece la tónica propia de esta última concepción?

Este debate, por cierto fundamental —puesto que cualquier cláusula de la Constitución puede entenderse de modo distinto según la sintonía ideológica con la que se la interprete— permanece inconcluso, como lo es la esquizofrenia ideológica de la Constitución. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación evidencia distintas respuestas, según los momentos y la composición de ese Tribunal.⁸⁰ En los tiempos presentes, pueden bajar los decibeles de la discusión si se advierte que el pensamiento cristiano *aggiornado*, en particular la doctrina social de la Iglesia, coincide básicamente con los postulados del Estado social de de-

⁸⁰ Por ejemplo, en “Quinteros” y en “Ramborger”, no obstante reconocer que la constitución era individualista, la Corte Suprema hizo prevalecer al bienestar general sobre la libertad de contratación, lo mismo que en “Avico de la Pesa” (CSJN, *Fallos*, 178:113, 172:29). En “Fernández Orquín” postuló una interpretación “concertada” entre el techo ideológico liberal y el social implantado por la reforma de 1957 (*Fallos*, 264:416). En “Berçaitz”, señaló que el valor supremo de la constitución era la justicia social (*Fallos*, 289:430), pero en “Bazterrica” y “Capalbo” privilegió una postura individualista, con relación al consumo de estupefacientes para uso personal (*Fallos*, 308:1420).

recho; y que importantes sectores del liberalismo han evolucionado hacia el neoliberalismo, donde hay versiones perfectamente compatibles, también, con nociones como las de justicia social y función social de la propiedad, bases del Estado social de derecho.⁸¹ Sin embargo, ocasionalmente el conflicto resurge, ya que algunos, si bien los menos, ensayan interpretaciones regresivas de la Constitución vinculadas con un constitucionalismo crudamente liberal-individualista, propio de la sociedad posesiva de mercado y anclado en la fecha en que se juró la Constitución histórica (9 de julio de 1853).

La otra gran polémica que suscita el Preámbulo concierne al valor de sus cláusulas. Ahora tiende a predominar la tesis de la cotización jurídica del Preámbulo, como fuente de derecho, directriz normativa de las reglas infraconstitucionales y pauta de interpretación de la Constitución.⁸² Queda cada vez más en claro, por ejemplo, que una ley o un decreto opuesto al Preámbulo, resultaría inconstitucional.

III. EL SISTEMA DE DERECHOS

Cabe ingresar ahora al ámbito de los derechos enunciados por la Constitución.

Liminarmente cabe diferenciar los derechos *explícitos* o expresos, declarados en el texto constitucional, que puede haberlos formulado en términos indeterminados e imprecisos, a especificar después por el Congreso y demás operadores del sistema constitucional (*v. gr.*, la participación de la familia y la sociedad en las leyes de educación: artículo 75, inciso 19), de otros puntuales, como el del extranjero a no ser obligado a tomar la ciudadanía argentina (artículo 20). Trae esto a la memoria la distinción de Dworkin entre “conceptos” y “concepciones”.⁸³

Al lado de los derechos explícitos o expresos están los *no enumerados*, o implícitos, que derivan de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (artículo 33 de la Constitución). Según la inten-

81 *Cfr.* sobre el neoliberalismo, Touchard, Jean, *Historia de las ideas políticas*, trad. por J. Pradera, Madrid, Tecnos, 1975, pp. 621 y ss.

82 En el sentido que las pautas del Preámbulo deben ser tenidas en cuenta para evaluar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, pueden consultarse, por ejemplo, los casos “Nordhenstol” (CSJN, *Fallos*, 307:326). “Maurizio”, (*Fallos*, 305:614), y “Portillo” (*Fallos*, 312:496).

83 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. por Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 211 y ss.

ción del constituyente de 1860, fecha en la que se adopta esta regla, los derechos no enumerados son los naturales de los pueblos y de los hombres, superiores a cualquier Constitución positiva. Se trata este precepto de un verdadera “cláusula abierta”, que permite reputar como constitucionales a derechos que en su momento no eran necesariamente entrevistados como tales, y menos de jerarquía constitucional, pero que hoy la sociedad y los operadores de la Constitución sí los quieren ver con tal rango. Así, la jurisprudencia ha detectado como derechos de tal tipo los de reunión, vida, la garantía del amparo, el principio de que nadie debe enriquecerse sin causa a costa de los demás, etcétera.⁸⁴

Además de lo dicho, hay derechos constitucionales *inferidos*, que se desprenden de los derechos enumerados. Para la Corte Suprema de Justicia argentina, por ejemplo, el derecho constitucional a ser presumido inocente fue deducido del derecho a no ser condenado sin juicio previo,⁸⁵ como del derecho constitucional a la defensa en juicio, nace el derecho a la justicia pronta.⁸⁶ Ocasionalmente hay derechos constitucionales *imputados* al texto constitucional por los operadores del sistema, por más que ellos no se infieran necesariamente del documento constitucional, como el derecho a ser excarcelado durante el proceso penal.⁸⁷

Como consecuencia de lo expuesto, la descripción de los derechos constitucionales no concluye con los señalados por la Constitución en su texto. Corresponde ampliar el listado con los reconocidos por la jurisprudencia, en particular de la Corte Suprema, como derechos constitucionales implícitos, adosados o deducidos del texto constitucional. Indicaremos en este trabajo los más relevantes, sin pretender agotar su nómina, que por lo demás se encuentra en continua fluctuación y aumento jurisprudencial. Muchos de ellos son derechos “descubiertos” por la judicatura, a medida que el desarrollo jurídico o la conciencia social los divise como constitucionales. Un determinado derecho, en Argentina, puede no ser todavía constitucional hoy, pero sí serlo, por declaración judicial, mañana.

En este punto, el reconocimiento jurisprudencial de un derecho como con rango constitucional impediría que el legislador pueda válidamente

84 Nos hemos referido al tema en Sagiús, Néstor Pedro, “Constitución Nacional. Derechos no enumerados”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, apéndice V, pp. 33 y ss.

85 Por ejemplo, “Mattei”, CSJN, *Fallos*, 272:188.

86 “Stancato”, CSJN, *Fallos*, 310:1835.

87 “Karpiej”, CSJN, *Fallos*, 290:393.

ignorarlos o negarlos, al revés de los derechos de fuente meramente legal, que sí son corregibles o eliminables por el Congreso.

Otra aclaración importante es la siguiente: la Constitución determina una serie de derechos, pero a ellos hay que sumarles aquellos provenientes de ciertos instrumentos internacionales, que tienen rango constitucional según el artículo 75, inciso 22. Ellos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); 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 Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional 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; y la Convención sobre los Derechos del Niño. El Congreso Nacional dio también rango constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a tenor del mismo artículo 75, inciso 22, de la Constitución y a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Todo este material tiene categoría constitucional, con la misma eficacia que el texto de la Constitución.⁸⁸ Por razones de espacio, sin embargo, en esta presentación nos limitaremos, generalmente, a los derechos tratados por el cuerpo de la Constitución.

IV. DERECHOS INDIVIDUALES

El tramo de derechos individuales es, en la Constitución argentina, casi siempre de factura decimonónica. No es de extrañar que respiren la

⁸⁸ Se discute qué ocurre si una norma de un tratado con rango constitucional colisiona con la Constitución. El artículo 75, inciso 22, de la Constitución parece dar a entender que en ese caso predomina la constitución, si el conflicto es respecto de una regla incluida en la primera parte de ella, y que predomina el tratado o convención, si la cuestión es con un artículo constitucional de la segunda parte (orgánica) de la constitución. Algunas sentencias de la Corte Suprema dan a entender que no puede existir tal conflicto, porque si el constituyente dio rango constitucional a los tratados del artículo 75, inciso 22, ello quiere decir que ya evaluó su compatibilidad con la Constitución (CSJN, en “Petric”, *La Ley* 1998-C-284).

filosofía liberal-individualista de la época, y que en muchos aspectos se encuentren formalmente desactualizados en el texto, aunque se hallen rejuvenecidos por la jurisprudencia y la doctrina.

1. *Libertad. Variables*

A. *Libertad de locomoción*

La libertad física o ambulatoria está tutelada por el artículo 14 de la Constitución, cuando puntualiza que todo habitante puede entrar, permanecer, salir y transitar del territorio argentino. El artículo 18 agrega que nadie podrá ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. De esto se ha desprendido el derecho a obtener el pasaporte,⁸⁹ o el derecho a cambiar de domicilio.⁹⁰ Más discutida es la legislación mercantil que prohíbe a los concursados, en ciertos supuestos, salir del territorio nacional sin autorización judicial, cosa que la jurisprudencia ha admitido por lo común como constitucional por importar una reglamentación razonable del derecho a transitar.⁹¹

La Corte Suprema ha admitido la constitucionalidad del peaje, por más que no haya otra vía alternativa de circulación.⁹² Por lo demás, todavía se discuten normas que autorizan a la policía a detener “en averiguación de antecedentes”, por un lapso de días u horas, sin causa judicial contra el demorado o retenido.⁹³

B. *Libertad de expresión*

La libertad de expresión ha tenido un largo desarrollo, a partir de tres cláusulas constitucionales. La más importante, en el artículo 14, asegura el derecho de publicar las ideas sin censura previa. La segunda, en el artículo 32, indica que el Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta ni que establezcan sobre ella la jurisdicción federal. La

⁸⁹ CSJN, “Olmos”, *Fallos*, 307:1430.

⁹⁰ Sin embargo, para la Corte Suprema (*Fallos*, 169:255), es factible restringir el lugar del domicilio de un extranjero asilado.

⁹¹ Por ejemplo, Cámara Nacional Comercial, sala C, “La Ley” 1981-A-262; sala D, “La Ley” 1982-A-486).

⁹² CSJN, *La Ley*, 1991-D-399.

⁹³ Ley 23.950, artículo 1o., contempló la “demora” de personas por parte de la autoridad policial, que no porten documentos identificatorios.

tercera, en el artículo 75, inciso 19, protege “la libre creación y circulación de las obras de autor”.

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema ha derivado de estas cláusulas, así como del artículo 33 de la Constitución, la *libertad de pensamiento*, el derecho de expresión en general, el derecho a comunicarse,⁹⁴ la libre expresión cinematográfica,⁹⁵ y también las manifestaciones vertidas por radio y televisión,⁹⁶ aunque en “Servini de Cubría”, el Tribunal expresó que esta última era más restringida que las anteriores, ya que la facilidad de penetración en los hogares y en los niños, obligaba a ser más cauto en cuanto ella.⁹⁷ En definitiva, la palabra “prensa” del artículo 14 de la Constitución debe entenderse en un sentido más amplio que prensa escrita.

La libertad de expresión involucra el derecho a opinar y formular críticas, desde luego que a los funcionarios de gobierno.⁹⁸ También, el “derecho de empresa” (o de crear medios de difusión),⁹⁹ el derecho a buscar información,¹⁰⁰ el derecho de crónica, o de transmitir noticias,¹⁰¹ y el derecho social a la información,¹⁰² que se vincula con el derecho del público a conocer lo que alguien quiere transmitir, porque al decir de la Corte, la prensa satisface una necesidad colectiva, como es servir para la formación de la opinión pública y de la voluntad popular.¹⁰³

Para la jurisprudencia de la Corte Suprema, la libertad de expresión no es absoluta, ya que existe un deber de veracidad por parte de los medios.¹⁰⁴

Su jurisprudencia, en materia de censura previa, ha sido *zigzagueante*. En “Servini de Cubría”, por ejemplo, en ocasión de expedirse sobre un secuestro de un “tape” para impedir su difusión en un canal televisivo,

94 Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. 2, p. 422.

95 CSJN, “Gaffer”, *Fallos* 262:246.

96 CSJN, “Mallo”, *Fallos* 282:392.

97 CSJN, “Servini de Cubría”, JA 1992-IV-10.

98 CSJN, “García Mutto”, *Fallos*, 269:189.

99 CSJN, “Ponzetti de Balbín”, *Fallos*, 306:1892, consid. 7o.

100 CSJN, “Vago c/ La Urraca”, “La Ley” 1992-B-367, consid. 5o.

101 CSJN, “Campillay”, *Fallos*, 308:789, “Costa”, *Fallos*, 310:508.

102 CSJN, “Ponzetti de Balbín”, *Fallos*, 306:1892, consid. 7o.

103 CSJN, “Costa”, *Fallos*, 310:508.

104 “La Ley”, 1992-B-367. En “Spacarstel” (*Fallos*, 325:50), ha añadido la Corte que una práctica periodística veraz, prudente y compatible con la dignidad de las personas no implica obstaculizar ni entorpecer a la prensa libre.

dejó sin efecto el acto de censura judicial por entender que el tribunal del caso no había tomado los recaudos pertinentes para averiguar siquiera rudimentariamente si la grabación en cuestión lesionaba o no la intimidad y el honor de una persona, con lo que, *a contrario sensu*, dio a entender que si efectivamente tal ataque existía, la censura era viable.¹⁰⁵

Con relación al “derecho de réplica” (también llamado de “rectificación y respuesta”), no está enunciado en la Constitución pero resulta admitido por el Pacto de San José de Costa Rica. La Corte Suprema entendió que era compatible con la libertad de expresión enunciada en el artículo 14 de la Constitución.¹⁰⁶ El tema era de mucho interés, ya que lo discutido era el eventual conflicto entre un derecho constitucional y otro derecho emergente de un Pacto con jerarquía constitucional.

Debe mencionarse también que con variables no siempre coincidentes entre sí, la misma Corte Suprema aceptó en “Vago c. La Urraca”,¹⁰⁷ la doctrina de la “real malicia” proveniente (caso “New York Times vs. Sullivan”), de la Corte Suprema estadounidense. Esto obliga, cuando se trata de un figura pública, que él pruebe dolo o culpa inexcusable por parte del medio de difusión que publica información no verídica que le perjudica, mientras que si se trata de una persona privada, la prueba se invierte a favor de esta última.

C. Libertad de cultos y de conciencia

La Corte Suprema, respecto a la libertad religiosa, enunciada también en el artículo 14 de la Constitución, ha ampliado su extensión involucrando en ella, asimismo, a la libertad de conciencia, vinculada el derecho de cada uno a formular su propio proyecto de vida.¹⁰⁸

No obstante lo dicho, la Corte reputó constitucional la exigencia legal de contraer primero el matrimonio civil antes que el religioso,¹⁰⁹ y que se requiriera el juramento para la entrega de un diploma universitario.¹¹⁰ En “Portillo” aceptó la “objeción de conciencia” para no portar armas durante el servicio militar, en tiempos de paz.¹¹¹

105 CSJN, “Servini de Cubría”, JA, 1992-IV-10.

106 CSJN, “Petric”, *La Ley*, 1998-C-284.

107 *La Ley* 1992-B-367.

108 CSJN, “Portillo”, *Fallos*, 312:496.

109 CSJN, “Carbonell”, *Fallos*, 304:1139.

110 CSJN, “Agüero”, *Fallos*, 214:139.

111 CSJN, “Portillo”, *Fallos*, 312:496.

Durante el régimen militar de 1976-1983, la Corte Suprema admitió como constitucional que los cultos no católicos deban inscribirse en un registro *ad hoc*, y que uno de ellos que no cumplimentase tal recaudo, pudiese ser reputado prohibido por el gobierno.¹¹² Sin embargo, entendió inconstitucional que niños de ese culto fueran expulsados de un colegio por negarse a prestar reverencia a los símbolos patrios.¹¹³

D. Libertad de reunión

No está expresamente mencionado por la Constitución, pero la Corte Suprema lo define como derecho “no enumerado” (véase el apartado: el sistema de derechos), emergente del ya citado artículo 33 de la Constitución.¹¹⁴ El Tribunal advierte que el ejercicio de este derecho puede impedirse cuando se pretende ejercer contra la moralidad social, las libertades individuales o la libertad política.¹¹⁵ Por tanto, no es un derecho irrestricto, ni es sensato entender que la autoridad pública está desarmada para defender el orden público u otros derechos constitucionales respetables.¹¹⁶

E. Libertad de asociación

La Constitución lo admite “con fines útiles” (artículo 14). Es reglamentable, indica la Corte Suprema, pero no de modo irrazonable.¹¹⁷ En “Comunidad Homosexual Argentina”, la mayoría de la Corte, en un controvertido fallo, admitió la denegación de la personería jurídica por entender que bregar por la no discriminación homofóbica, y generar ámbitos de discusión sobre la condición homosexual y difundirlos, podía atentar contra el bien común.¹¹⁸ En otro orden de ideas, aceptó la consti-

112 CSJN, *Fallos*, 299:352.

113 CSJN, “Barros y otro”, *Fallos*, 301:151.

114 CSJN, “Arjones”, *Fallos*, 191:197, “Compañía Popular en defensa de la ley 1420”, *Fallos*, 207:251.

115 CSJN, “Anderson, Clayton y Cía.”, *Fallos*, 191:388.

116 CSJN, “Arjones”, *Fallos*, 191:197.

117 CSJN, “Movimiento Scout Argentino”, *Fallos*, 302:545.

118 *La Ley*, 1991-E-679. La jurisprudencia también ha denegado personería jurídica a una asociación de “swingers”, que promovía la difusión de tal tipo de prácticas de inter-

tucionalidad de la colegiación obligatoria de abogados, para poder ejercer su profesión, en una asociación de derecho público que regula la matrícula de ellos.¹¹⁹

F. *Libertad de petición*

Igualmente enumera en el artículo 14 de la Constitución, el “derecho de peticionar a las autoridades”, que es posible de reglamentación, en el sentido que pueda ejercerse individualmente, y no grupalmente,¹²⁰ y que ejercitado respetuosamente, no exige que quien solicita algo demuestre lo que requiere.¹²¹ Hay un derecho de petición prohibido, según el artículo 22 de la Constitución: el requerir algo en nombre del pueblo atribuyéndose su representación, cosa que implica cometer el delito de sedición.

G. *Libertad de enseñar y de aprender*

Incluida asimismo en el artículo 14 de la Constitución, ha dado lugar a interesantes explicitaciones jurisprudenciales. Por ejemplo, se ha entendido por la Corte Suprema que resulta irrazonable e inconstitucional admitir en un concurso de profesores de la universidad estatal, a un alumno y a un egresado como jurados, si para incluir a docentes en el mismo comité de evaluación se les requerían muchas más condiciones que a los primeros.¹²² Además, la Corte pensó que era inconstitucional exigir la cualidad de argentino para desempeñarse en escuelas, puesto que en el país los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los nacionales.¹²³ El derecho a enseñar, en establecimientos públicos, involucra un derecho a cierta estabilidad, no pudiendo ser despedido el docente por

cambio sexual: Cámara Nacional Civil sala A, 17/3/03, “La Ley” 2003-E-498. El concepto de moral pública, incluido en el artículo 19 de la Constitución nacional, puede legitimar tal decisión judicial.

119 CSJN, “Beveraggi”, *Fallos*, 308:1626.

120 CSJN, “Caletti y otros”, *Fallos*, 275:50.

121 CSJN, “Amil”, *Fallos*, 311:867.

122 CSJN, “Mochiutti”, JA, 1998-II-365.

123 CSJN, “Repetto”, *Fallos*, 311:2272.

razones genéricas “de seguridad”,¹²⁴ aunque si una cátedra queda eliminada del plan de estudios, el profesor puede quedar cesanteado.¹²⁵

En cuanto el derecho de aprender, la Corte Suprema ha indicado que al alumno de un establecimiento educativo no se le puede negar arbitrariamente el ingreso (v. gr., por carecer de un ojo, respecto de un profesorado de geografía, o por medir menos de 1,60 metro, en otro de matemáticas y astronomía),¹²⁶ ni ser expulsado inmotivada ni irrazonablemente.¹²⁷

H. *Libertad de intimidad. Domicilio y papeles privados*

El artículo 19 de la Constitución puntualiza que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a terceros, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

La norma, escrita en un estilo romántico, daría a entender que el ámbito privado de las personas es una región metajurídica. En verdad, se trata de una zona captada y protegida por el derecho, precisamente para atajar intromisiones (del Estado o de particulares) en el área de la intimidad de cada uno.¹²⁸

Un tema conflictivo, en este punto, ha sido la tenencia de estupefacientes, en particular para el mero consumo personal, que en “Bazterrica” la Corte Suprema entendió como asunto protegido por la libertad de intimidad,¹²⁹ mientras que en “Montalvo” juzgó, en cambio, que había motivos de orden público e intereses colectivos para regularlo y reputar conducta ilícita tal tenencia.¹³⁰

También tutela la Constitución al domicilio, la correspondencia y los papeles privados, a los que declara inviolables (artículo 18), determinando que una ley establecerá en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

124 CSJN, “Fadlala de Ferreyra”, *Fallos*, 306:126.

125 CSJN, “Bergés”, *Fallos*, 166:264.

126 CSJN, “Almirón”, *Fallos*, 305:1489, “Arenzón”, *Fallos*, 306:400.

127 CSJN, “Chapla”, *Fallos*, 301:410, “Galina”, *Fallos*, 304:391.

128 Véase Sagüés, Néstor Pedro, *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, 1978, p. 151.

129 CSJN, *Fallos*, 308:1392.

130 CSJN, *Fallos*, 313:1351.

Si hay acuerdo por parte de quien controla el ingreso a un lugar, no es, sin embargo, necesaria la orden de allanamiento para que ingrese la autoridad pública (“doctrina de la exclusión”).¹³¹ Para la Corte, ese consentimiento tiene que ser válido, y no viciado por intimidación o transgresiones de quien penetra en el lugar.¹³² En “Gordon”, en otro polémico fallo, entendió (indirectamente) que si mediaba orden de arresto contra una persona, ella incluía el derecho a allanar el domicilio donde se encontraba.¹³³

Como pauta válida para acceder a la correspondencia y papeles privados, franqueando incluso el llamado “secreto financiero”, el alto Tribunal mencionó la presencia de “intereses públicos” que justifiquen tal apertura.¹³⁴

2. *Derecho a la vida. Salud*

Llamativamente, la Constitución no enuncia de modo explícito el “derecho a la vida”, aunque indica en su artículo 29 que la vida de los argentinos no puede quedar a merced de gobierno o persona alguna. De todos modos, en varios pronunciamientos la Corte Suprema entendió que era el primer derecho natural de la persona humana, y que tenía tutela constitucional,¹³⁵ con lo que cabe entenderlo captado también dentro del cupo de los derechos no enumerados del artículo 33 de la Constitución.

En tutela al derecho a la vida, la Constitución no admite la pena de muerte por “causas” políticas (artículo 18), concepto más comprensivo que el de “delitos” políticos.

El tema del aborto ha provocado una gran disputa constitucional. La Constitución programa la protección al feto desde el embarazo (artículo 75, inciso 23), y el Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional en Argentina, desde el momento de la concepción (artículo 4o.). Un aborto libre, no terapéutico, importa por ende un acto constitucionalmente ilícito. No obstante, la Constitución no exige necesariamente el castigo penal de los abortos, tema que deja a criterio del legislador (que en parte sí lo ha establecido).¹³⁶

131 CSJN, “Saturnino Martínez”, *Fallos*, 311:962.

132 CSJN, “Fiorentino”, *Fallos*, 306:1752, “Capurro”, *Fallos*, 308:2481.

133 CSJN, *Fallos*, 311:2045.

134 CSJN, “Empresa Nacional de Correos y Telecomunicaciones”, *Fallos*, 305:1036.

135 CSJN, “Saguir y Dib”, *Fallos* 302:1284, “Baricalla de Cisilotto” *Fallos*, 310:112.

136 Véase Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, pp. 4601 y 4606.

La Corte Suprema de Justicia de la nación, en otro discutido pronunciamiento, ha autorizado el parto prematuro de un feto anencefálico, que inquestionablemente provocaría la muerte del niño,¹³⁷ argumentando que en ese caso el propósito no era abortar. La distinción parece demasiado sutil para ser convincente. Pero en otro sentido, ha considerado que es inconstitucional y viola el derecho a la vida el uso de píldoras que impedían la viabilidad de un óvulo fecundado.¹³⁸

El derecho a la vida comprende el derecho a la integridad física, psíquica y moral de las personas, que también es reconocido como de raigambre constitucional por fallos de la Corte,¹³⁹ y el derecho a la salud,¹⁴⁰ del que se ha derivado (conforme, también, a documentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el derecho a obtener prestaciones médicas gratuitas por parte del Estado, al menos subsidiariamente (casos “Asociación Benghalensis” y Campodónico”), *v. gr.*, fallos que, noblemente inspirados, provocan de todos modos consecuencias de magnitud como la alteración del presupuesto nacional, que puede resultar harto significativa si se concluye que el Estado tiene que abastecer de medicamentos y atención sanitaria completa y sin límites a toda persona enferma, ya que debería asumir tales erogaciones con independencia de las previsiones legales para el cálculo de gastos y recursos.¹⁴¹

El derecho a la salud es explícitamente reconocido por la Constitución para los consumidores y usuarios de bienes y de servicios (artículo 42).

3. *Dignidad. Honor*

Concomitantemente, la Corte Suprema ha declarado como constitucionales los derechos a la dignidad de la persona¹⁴² y al honor,¹⁴³ a pesar de no figurar explícitamente en el texto constitucional, ya sea vinculándolos con el derecho a la vida, o los derechos no enumerados del artículo

137 CSJN, *Fallos*, 324:5 (caso “S. T. vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, y “A: B.”, 324:4061).

138 CSJN, *Fallos*, 325:292, caso “Portal de Belén”.

139 CSJN, *Fallos*, 306:1892, consid. 8o., 308:1392, consid. 6o. y 310:525.

140 CSJN, “Baricalla”, *Fallos*, 310:112.

141 CSJN, *Fallos*, 323:1338, “Asociación Benghalensis”, y 323:3229, “Campodónico de Bevicqua”.

142 CSJN, “Costa”, *Fallos*, 310:526, consid. 9o.

143 CSJN, “Ponzetti de Balbín”, *Fallos*, 306:1907, “Campillay”, *Fallos*, 308:799, consid. 5o. y “Costa”, *Fallos*, 310:525.

33 de la Constitución. De todos modos, el artículo 29 de la Constitución menciona al honor de los argentinos como algo que no puede dejarse a merced de gobierno o persona alguna.

4. *Igualdad*

Hay dos versiones de “igualdad” en la Constitución. La de 1853/60 enunció el principio de la igualdad formal: “todos sus habitantes son iguales ante la ley” (artículo 16). Decretó la abolición completa de la esclavitud (artículo 15), rechazó las prerrogativas de sangre y de nacimiento, eliminó los fueros personales y los títulos de nobleza, declaró la igualdad como la base de los impuestos y de las cargas públicas, y señaló que todos eran admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad (artículo 16).

La reforma de 1994 apuntó a la “igualdad real de oportunidades”, vale decir, a una igualdad sustancial y fáctica, en cuanto mujeres y varones en el campo de los derechos políticos (artículo 37), y en general, respecto de mujeres, niños, ancianos y discapacitados (artículo 75, inciso 23). También previó la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, en el ámbito educativo (artículo 75, inciso 19). Incluso programó, en los dos primeros artículos citados, acciones positivas (*affirmative actions*) para asegurar tal igualdad real. Hay así legitimidad constitucional para la ley 24.012, cuando dispone que en las listas que presenten los partidos políticos para los cargos electivos, deben incluir mujeres en un mínimo del 30% de los puestos con posibilidades de resultar electos.

Hay, pues, una cierta incoherencia ideológica —explicable por la distinta mentalidad imperante a mediados del siglo XIX y fines de XX— entre el mentado artículo 16 y los artículos 37 y 75, inciso 23.

El concepto constitucional de igualdad, para la Corte Suprema, no es automático ni literal, sino que justifica explicitaciones y distinciones. Igualdad ante la ley, sostiene, quiere decir que ella debe ser igual “para los iguales en iguales circunstancias”.¹⁴⁴ Puede haber, por ende, distinciones “valederas”,¹⁴⁵ que respondan a “un discreto criterio valorativo”,¹⁴⁶

144 CSJN, “Nuevo Banco Italiano”, *Fallos*, 200:428.

145 CSJN, “Rojo”, *Fallos*, 312:1148.

146 CSJN, “Provincia de Buenos Aires”, *Fallos* 300:984.

aunque éste sea opinable.¹⁴⁷ Solamente si una solución legal es ostensible e injustificadamente arbitraria, cabe desestimarla como inconstitucional.¹⁴⁸ En resumen, hay discriminaciones arbitrarias y otras objetivas, aceptables. Las últimas lo son “mientras no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio a personas o grupos”.¹⁴⁹

5. *Propiedad*

Dictada, como se anticipó, en pleno auge del liberalismo individualista y de la concepción burguesa del derecho, la Constitución de 1853 aseguró contundentemente al derecho de propiedad, al que llamó “inviolable” en su artículo 17. Exigió la previa indemnización para los casos de expropiación por razones de utilidad pública. Impidió “para siempre” las confiscaciones, y negó a las fuerzas armadas la posibilidad de exigir requisiciones o auxilios. Aseguró también la propiedad intelectual de autores e inventores, aunque por tiempo determinado, a fijarse por ley.

La jurisprudencia ha debido realizar una verdadera hazaña compatibilizadora entre la versión decimonónica de la propiedad, instaurada en el citado artículo 17, el techo cristiano que inspira otros sectores de la Constitución y la filosofía posterior del Estado social de derecho, introducida en la reforma constitucional de 1957 (artículo 14 “bis”). Este último tramo resulta a su vez reforzado por la reforma de 1994 (artículo 75, inciso 19), que habla del progreso económico “con justicia social”, como tarea a planificar por el Congreso.

En definitiva, la Corte Suprema concluye que el derecho de propiedad debe amoldarse con la idea de función social del dominio.¹⁵⁰

La idea de derecho de propiedad que maneja el derecho jurisprudencial argentino es amplia: cubre (aparte del derecho de dominio sobre bienes muebles e inmuebles) los derechos derivados de contratos,¹⁵¹ senten-

147 CSJN, *Fallos*, 308:857, “González Ruso”, *Fallos*, 311:970.

148 CSJN, *Fallos*, 312:851.

149 CSJN, “Unión Gremial de Trabajadores Sanitarios”, *Fallos*, 299:146, “Halladjian”, *Fallos*, 302:457.

150 CSJN, *Fallos*, 286:166, “Brunella”, *Fallos*, 289:67, *Fallos*, 305:831 y “Viuda de Weiser”, *Fallos*, 289:67.

151 CSJN, “Turjansky”, *Fallos*, 304:586.

cias firmes,¹⁵² salarios, beneficios previsionales,¹⁵³ y a los “derechos adquiridos” en general, que son los incorporados al patrimonio de una persona,¹⁵⁴ e incluso el derecho a la reparación, de sufrir alguien un daño.¹⁵⁵ También ha juzgado que de haber inflación, el derecho constitucional de propiedad autoriza a exigir que los créditos sean actualizados, aunque no hubiera habido mora del deudor.¹⁵⁶

Como contrapartida, para la Corte Suprema el derecho de propiedad es un derecho no absoluto,¹⁵⁷ aunque las restricciones no deben ser “esenciales” ni importar un desapoderamiento del bien.¹⁵⁸ Asimismo, es un derecho renunciabile.¹⁵⁹

Interesa destacar que para impedir que un impuesto sea “confiscatorio”, y por ende inconstitucional, su monto no debe exceder, en principio, el 33% de la base imponible.¹⁶⁰

La tutela constitucional de la propiedad se complementa con la prohibición de confiscaciones, de requisiciones por cuerpos armados, y con el requisito constitucional de admitir las expropiaciones, pero previa indemnización (artículo 17). La misma norma agrega que ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley.

152 CSJN, “Rotenberg”, *Fallos*, 304:865.

153 CSJN, “Bernalesa S.A.”, *Fallos*, 307:398, “Lona Lima S.A.”, *Fallos*, 307:857, “de San Agustín”, *Fallos*, 295:272.

154 CSJN, “Villacampa”, *Fallos*, 312:122.

155 CSJN, “Santa Coloma”, *Fallos*, 308:1160 y “P., F.F. c/ Ferrocarriles Argentinos”, *La Ley*, 1995-E-17. Puede hablarse, conviene aclararlo, de un verdadero derecho constitucional a la reparación, fundado no solamente en el derecho a la propiedad, sino (según jurisprudencia de la Corte Suprema) en el principio del Preámbulo de “afianzar la justicia”, y en el artículo 19 de la Constitución, en el sentido de evitar acciones dañosas a terceros; y de haberlas, de indemnizar el perjuicio. Tal reparación, en principio, tiende a ser ahora integral, aun en el ámbito laboral: Véase CSJN, “Aquino”, “Jurisprudencia Argentina” 2004-IV-16.

156 CSJN, “Grassi”, *Fallos*, 303:645, “Cuckierman”, *Fallos*, 307:1264 y “González”, *Fallos*, 307:2024.

No obstante, con posterioridad, la ley 23928 ha impedido la indexación de acreencias y tal negación fue declarada constitucional por la Corte Suprema (véase “YPF c/ Provincia de Corrientes”, *La Ley*, 1992-B-216).

Sin embargo, de acrecentarse actualmente la depreciación de la moneda, no podría asegurarse que dicho Alto Tribunal ratifique la constitucionalidad de la mencionada interdicción.

157 CSJN, “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”, *Fallos*, 136:161.

158 CSJN, “Villona de Herrera”, *Fallos*, 266:34 y “Oxob de Julien”, *Fallos*, 253:338.

159 CSJN, “Ardissone”, *Fallos*, 255:216; “Palomeque”, *Fallos*, 290:216.

160 CSJN, *Fallos*, 289:443.

Un asunto especialmente espinoso ha sido la aplicación de la doctrina de la emergencia económica, que impacta en fuertes restricciones al derecho de propiedad. La posición de la Corte Suprema ha sido la de autorizar limitaciones y postergaciones al goce de la propiedad, habiendo un estado de necesidad que las autorice, y siempre que las medidas adoptadas fueren transitorias y útiles para enfrentarlo, pero sin significar la pérdida o alteración definitiva de ese derecho. En el celebre y discutido caso “Peralta”, ante un fuerte contexto hiper inflacionario, la Corte admitió la incautación por el Estado de prácticamente la mitad del circulante depositado por particulares en bancos, y su reintegro en bonos en dólares, a devolver en un plazo de diez años.¹⁶¹ Recientemente, con relación al denominado “corralito” financiero, y en particular, con el régimen de “pesificación” o conversión de depósitos bancarios en dólares, reemplazados por pesos (pero no al cambio libre, sino a uno sensiblemente inferior), determinó, para el caso de depósitos amparados por una ley de intangibilidad o garantía de los mismos, que aún mediando emergencia económica resultaba inconstitucional esa “pesificación” que importaba una pérdida permanente para el depositante, de parte de lo entregado al banco en cuestión (caso “Provincia de San Luis”).¹⁶²

6. Seguridad jurídica

El concepto de “seguridad jurídica” no emana directamente del texto constitucional, que en cambio habla de la seguridad de los presos (artículo 18), de la “seguridad común” (artículo 75, inciso 2) como meta del Estado, y de la “seguridad social” (artículo 14 bis), con especial mención al seguro social obligatorio y otros beneficios previsionales y familiares. La Corte Suprema ha añadido el concepto de “seguridad pública”,¹⁶³ en el sentido que el Estado debe proteger a las personas de ataques contra sus vidas y bienes.

¹⁶¹ CSJN, *Fallos*, 313:1513.

¹⁶² CSJN, “La Ley” 2003-B-537, “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”. Sin embargo, con posterior integración, la Corte convalidó en el caso “Bustos” (“La Ley” 2004-F-713) la “pesificación” de ciertos depósitos bancarios originalmente pactados en dólares, con lo que los acreedores percibían en definitiva menos de lo que valían sus dólares en el mercado libre de cambios.

¹⁶³ CSJN, “Montalvo”, *La Ley*, 1991-C-80.

El artículo 19 de la Constitución, cuando indica que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, da pie para construir la idea de seguridad jurídica como principio constitucional. Son constitucionales, por tanto, los actos permitidos como los no prohibidos. Hay un derecho, desde luego, a no realizar los actos permitidos y no prohibidos. Los actos prohibidos lo son tanto por ley, como por decreto fundado en ley, indica la Corte.¹⁶⁴ Ciertas conductas, sin embargo, solamente pueden obligarse o prohibirse, conforme al “principio de reserva de ley”: así, los delitos (artículo 18 de la Constitución) y los impuestos y contribuciones (artículo 4o.).

La doctrina elabora una versión cada vez más exigente del concepto de “seguridad jurídica”, en el sentido de previsibilidad del comportamiento de los órganos estatales, y que éstos operen de conformidad con las pautas de contenido y de justicia que la Constitución les indica.¹⁶⁵

V. DERECHOS SOCIALES

La Constitución original, de 1853/60, prácticamente no incluía derechos de tipo social, dado que en tal momento el constitucionalismo atravesaba el tramo liberal-individualista. Fue la reforma de 1949 (con su Constitución derogada en 1956) la que sí los introdujo. Posteriormente, la reforma de 1957 añadió un artículo “nuevo”, denominado usualmente “14 bis”, quien los añadió al texto actualmente en vigencia. La reforma de 1994 complementó en parte esa tarea.

1. *Laborales*

El viejo artículo 14 de la Constitución de 1853 mencionó el derecho “a trabajar”. Reputado por la Corte Suprema como un derecho no absoluto, se justifica su regulación legal por razones de salubridad, conveniencia general y policía, que explican la prohibición de ejercer actividades no hono-

¹⁶⁴ CSJN, “Muro Bustelo y cía”, *Fallos*, 202:193.

¹⁶⁵ Tradicionalmente el concepto de seguridad jurídica se vincula al de predictibilidad del comportamiento de los órganos estatales. No obstante, actualmente se pretende por seguridad jurídica algo más: no solamente que se sepa cómo va a actuar el Estado, sino que actúe con un contenido determinado, satisfaciendo una cuota básica de justicia y bien común.

rables o reconocidamente inútiles.¹⁶⁶ Pero si la restricción es irrazonable, como prohibir el ejercicio simultáneo de la profesión de abogado y la de contador, ello peca de inconstitucionalidad.¹⁶⁷

El artículo 14 “bis” protegió al trabajo “en sus diversas formas”. La Corte añadió que ello, sin embargo, no autorizaba a suponer que el Estado debía proporcionar trabajo a todo el que lo solicite.¹⁶⁸ En la convención constituyente de 1957 quedó claro que el trabajo era, fundamentalmente, una “función social”, imbricado con la idea de “justicia social”,¹⁶⁹ cosa que autorizaría, suponemos, que el legislador pudiese prever sanciones a quien se negase a trabajar sin motivo valedero.

Del principio protectorio del trabajo se deduce, conforme señala la Corte Suprema, la irrenunciabilidad de los beneficios laborales y de un orden público laboral.¹⁷⁰

Explícitamente la Constitución alude a la obligación del Congreso a dictar leyes que tutelen condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada (que según el miembro de la comisión redactora de la asamblea constituyente de 1957, debía ser, como regla, de ocho horas), descanso y vacaciones pagados, retribución justa y un salario mínimo, vital y móvil, frente a problemas inflacionarios. La Corte señaló que en principio no deben remunerarse trabajos no realizados,¹⁷¹ pero después admitió la constitucionalidad de los llamados “salarios caídos”, que se imponen al empleador que no ha cumplido determinados trámites, y a los cuales tiene derecho el dependiente pese a que no haya prestado tareas.¹⁷²

Un tema debatido es si el Estado puede imponer reducciones salariales. En “Guida” y en “Tobar”, las ha reputado constitucionales siempre que fueren necesarias para enfrentar una grave situación crítica, resultasen temporarias y no alteraran la sustancia de la relación o contrato laboral. El mismo Tribunal aclaró que tampoco tales recortes podían ser confiscatorios o arbitrariamente desproporcionados.¹⁷³

El concepto constitucional de “salario mínimo” hace que las remuneraciones de los trabajadores escapen a la libertad de contratación y de co-

166 CSJN, “Miranda”, *Fallos*, 257:30 y “Almada”, *Fallos* 268:91.

167 CSJN, “Nallim”, *Fallos*, 308:1781.

168 CSJN, “Aranda”, *Fallos*, 315:2804.

169 Convención nacional constituyente de 1957, *Diario de Sesiones*, p. 1221.

170 CSJN, *Fallos*, 306:1799, “Dellutri”.

171 CSJN, *Fallos*, 291:406, “Lafon”.

172 CSJN, *Fallos*, 291:587, “Guna”.

173 CSJN, *Fallos*, 323:1566, “Guida”, y 325:2059, “Tobar”.

merciar,¹⁷⁴ aunque las pautas que fije el gobierno al respecto no pueden ser absurdas o arbitrarias.¹⁷⁵

A su turno, el artículo 14 “bis” proclama el principio de “igual remuneración por igual tarea”. Desde luego, alude a remuneraciones idénticas para varones y mujeres; pero conforme al miembro informante del despacho mayoritario en la asamblea constituyente, convencional Jauregui-berry, también prohibía discriminaciones por motivo de raza, religión, edad, nacionalidad, creencias políticas “o de cualquier otra índole”.¹⁷⁶ La Corte aclara, a su turno, que la norma constitucional no impide diferencias salariales fundadas en razones de bien común o en la eficacia y mayor laboriosidad del trabajador.¹⁷⁷

El mentado artículo 14 “bis” asegura también el derecho de los trabajadores a participar en las ganancias de las empresas, con colaboración en su dirección y control de la producción. Interpretada literalmente, la cláusula podría dar lugar a una fuerte intervención de los empleados en todas estas materias. Sin embargo, curiosamente, esta regla programática nunca fue reglamentada, ni ha mediado presión de las organizaciones laborales para tornarla efectiva. Quizá se la pueda reputar, incluso, como derogada por desuetudo, dado que se dictó hace ya casi medio siglo sin entrar en funcionamiento.

Asimismo, el artículo 14 “bis” incluye la protección “contra el despido arbitrario”, a fin, señaló el miembro informante del despacho mayoritario en la convención de 1957, de asegurar al trabajador su subsistencia y permitirle llegar a la jubilación. Tal amparo, sin embargo, no autoriza para la Corte Suprema a suponer que nadie puede ser despedido sin causa valedera. Por el contrario, la Corte entendió inconstitucionales las leyes que establecieron el principio de “estabilidad absoluta” o “propia”, señalando, en otras palabras, que el empleador tiene el derecho a despedir sin causa, bien que indemnizando en ese caso al dependiente, todo ello en virtud de la libertad de comerciar y de contratar.¹⁷⁸

174 CSJN, *Fallos*, 249:252, “Baroni”.

175 CSJN, *Fallos*, 306:311, “Ulman”.

176 Convención Nacional Constituyente de 1957, *Diario de Sesiones*, p. 1439.

177 CSJN, *Fallos*, 308:1032, “Segundo”.

178 CSJN, “De Luca c/ Banco Francés”, *Fallos*, 273:87. La indemnización por despido injustificado, añade la Corte, puede ser tarifada por el Estado, pero dentro de parámetros de razonabilidad. Por ejemplo, la base anual del cálculo de tal reparación no podía ser inferior al 67% del salario percibido al momento del despido. Véase la doctrina de “Vizzotti”, en “Jurisprudencia Argentina” 2004-IV-199.

El texto constitucional enfatiza la tutela del empleado público, a quien se le reconoce “estabilidad” en su relación laboral. Ello impone, como regla, que el empleado estatal no pueda ser despedido sin una causa que justifique la cesantía, y sin sumario administrativo previo.¹⁷⁹ Pero el mismo Tribunal ha consentido “leyes de prescindibilidad” que (muchas veces por razones políticas) admitían despidos discrecionales, siempre que ellos no significasen de por sí una sanción al removido, y que le proporcionasen una indemnización adecuada, razonable y equitativa.¹⁸⁰

2. *Derechos colectivos del trabajo*

El párrafo 2 del artículo 14 “bis” de la Constitución, que repetimos, fue sancionado en 1957, alude a derechos conectados con las asociaciones de trabajadores.

Se enuncia, de tal modo, el de realizar una organización sindical libre y democrática, por la simple inscripción en un registro especial. Hay derecho a afiliarse, o a no afiliarse, a un gremio o sindicato.¹⁸¹ El derecho a constituirlos es, asimismo, reglamentable, y por ende, no absoluto. No es inconstitucional que la ley disponga el cumplimiento de ciertos recaudos para obtener, por ejemplo, la “personería gremial” y la representatividad de determinada rama laboral.¹⁸²

Como derechos de los “gremios”, la Constitución reconoce, en primer lugar, el de celebrar convenios colectivos de trabajo (artículo 14 “bis”), lo que importa conferirle ciertos roles legislativos, ya que obligan incluso a quienes no han participado directamente en su gestación. Las normas reglamentarias advierten, por lo común, que esos convenios deben ser “homologados” por el Ministerio del Trabajo, para ser obligatorios. La Corte Suprema entendió como constitucional, además, que una ley pudiese condicionar y hasta alterar un convenio colectivo vigente.¹⁸³

179 CSJN, “Vilche”, *Fallos*, 304:1891.

180 CSJN, “Garibotto”, *Fallos*, 304:1636, “Vilche”, *Fallos*, 304:1891 y “Lozada”, *Fallos*, 303:1409.

181 CSJN, “Outon”, *Fallos*, 267:215.

182 CSJN, “Sindicato Argentino de Músicos”, *Fallos* 253:229 y “Tello”, *Fallos*, 300:381.

183 CSJN, “Cocchia”, *La Ley*, 1994-B-638.

Igualmente, el artículo 14 “bis” permite a los gremios recurrir a la conciliación y al arbitraje. La Corte Suprema añadió que la ley incluso puede obligar a hacerlo así.¹⁸⁴

Respecto del derecho de huelga, asimismo proclamado en aquel artículo, existe un profundo debate acerca de su extensión (por ejemplo, si comprende a los funcionarios públicos: en la convención constituyente el miembro informante señaló que sí, excepto “los funcionarios y empleados de autoridad”).¹⁸⁵ Jurisprudencialmente, la Corte Suprema determinó que el derecho de huelga no autoriza ocupaciones de fábricas ni actos de fuerza en el lugar de trabajo,¹⁸⁶ y que durante su ejercicio el empleador no tiene obligación de pagar salarios por el trabajo no realizado.¹⁸⁷

Lo que no queda claro es si la patronal tiene o no un derecho constitucional al *lock out*.

3. *Garantías de los representantes gremiales*

También el nuevo artículo 14 “bis” puntualiza que los representantes gremiales tendrán las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y la estabilidad de su empleo. En su resguardo, la ley 23.551 creó un proceso de “amparo sindical” específico.

Una exagerada tutela para estos representantes fue el llamado “fuero sindical”, por el cual no podían ejercitarse acciones penales contra ciertos representantes gremiales, sin la previa autorización de un “Tribunal (administrativo) de Relaciones Profesionales”. Ello fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema.¹⁸⁸

4. *Derechos asistenciales y prestacionales*

La seguridad social fue declarada por el artículo 14 bis “integral e irrenunciable”. La convención constituyente de 1957 entendió por “seguridad social” algo omnicompreensivo de atención de enfermedad, accidentes, invalidez, vejez, muerte, nacimiento, casamiento, protección de

184 CSJN, “Hilandería Olmos”, *La Ley*, 1980-A-476.

185 Convención nacional constituyente de 1957, *Diario de Sesiones*, pp. 1818, 1232 y 1480.

186 CSJN, “Kot S.R.L.”, *Fallos*, 241:302 y “Ribas”, *Fallos*, 258:267.

187 CSJN, “Aguirre”, *Fallos*, 256:305 y “Buhler”, *Fallos*, 300:1159.

188 CSJN, “Giménez Inés c/ Heredia Hnos.”, *Fallos*, 300:1159.

la infancia y de la adolescencia, formación cultural, paros forzosos, jubilación, etcétera.¹⁸⁹ Es una muestra del constitucionalismo-promesa, fundamentalmente programático y poco operativo. La Corte Suprema diluyó la cláusula indicando que no significa que el Estado deba realizar prestaciones concretas para atender esas metas, sino que el artículo constitucional hace referencia a los objetivos que corresponde cumplir por el legislador.¹⁹⁰

Paralelamente, la Corte añadió que la irrenunciabilidad que afirma el texto constitucional no es incompatible con el instituto de la prescripción, respecto de acreencias de aquel tipo no satisfechas oportunamente.¹⁹¹

Asimismo, la Constitución diseñó en el artículo 14 “bis” el “seguro social obligatorio”, panacea para los problemas sociales, pero su instrumentación concreta ha sido parcial y bien alejada de los sueños de los constituyentes.

También intentó la convención constituyente plasmar en el artículo 14 “bis” las jubilaciones y pensiones móviles. Según una interesante y provechosa jurisprudencia de la Corte Suprema, las jubilaciones debían guardar cierta correspondencia con los aportes realizados por el interesado cuando se encontraba en actividad, y con los salarios de dicho momento.¹⁹² Paralelamente, señaló que en periodos de inflación era inconstitucional congelar dichas jubilaciones con cifras nominales, aunque el sistema de actualización quedaba sujeto a la prudencia del legislador.¹⁹³ Sin embargo, hace poco tiempo, en el caso “Chocobar”, relativizó tales declaraciones.¹⁹⁴ Con anterioridad justificó reducciones en las prestaciones previsionales, ante la crisis del sistema, “si ello se impone por exigencias superiores de una política salvadora de su subsistencia o de su desenvolvimiento regular”, aunque finalmente (caso “Postiglione”), ha alertado que ello solamente es viable en casos excepcionales, ante situaciones críticas, sometidas al contralor judicial, y siempre que las limita-

189 Convención nacional constituyente de 1957, *Diario de Sesiones*, pp. 1218, 1232 y 1480.

190 CSJN, “Mansilla”, *Fallos*, 304:415.

191 CSJN, *Fallos*, 307:582 y 312:1340.

192 CSJN, “Gitard”, *Fallos*, 312:1706.

193 CSJN, “Incarnato”, DT, 1976-579; “Hernando”, *Fallos*, 295:694 y “Bisso”, *Fallos*, 307:2366.

194 CSJN, JA, 1997-II-550.

ciones a las jubilaciones no se instrumenten como herramienta de política económica destinada a reducir el gasto público.¹⁹⁵

5. Acceso a una vivienda digna

Tal derecho, así redactado en el artículo 14 “bis”, no ha sido interpretado hasta ahora como la facultad de exigir jurídicamente al Estado una casa habitación. En la práctica, se ha visualizado el precepto con caracteres esencialmente programáticos, con tenues obligaciones para el gobierno de diseñar algún tipo de plan de promoción habitacional.

6. Derechos de los consumidores y usuarios

Han sido instrumentados en un nuevo artículo constitucional, el 42, por la reforma de 1994. Durante las deliberaciones de la convención constituyente se llamó a los usuarios y consumidores los “nuevos débiles”,¹⁹⁶ y la norma refiere tanto a los consumidores de bienes, como a los de servicios.

El citado artículo 42, en apretada versión, garantiza a estos últimos protección de su salud, seguridad e intereses económicos; una información “adecuada y veraz” (en la convención constituyente se aclaró que ésta debía ser “objetiva, detallada, suficiente y exacta”, precisamente “para impedir los abusos de la publicidad o propaganda”), y a condiciones de trato equitativo y digno.

Entre otras tutelas, la Constitución procura amparar a consumidores y usuarios “contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales”. El constituyente entendió por los primeros a aquellos que derivaban así de la propia condición (indivisible) del servicio prestado (agua corriente, luz, gas), mientras que los “legales” emergían de reglas de derecho positivo que podían instrumentar otra cosa.¹⁹⁷ Diseñó también la participación de asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias en los marcos regulatorios y de control de los servicios públicos.

195 CSJN, “Carbonel”, *Fallos*, 312:1987; caso “Postiglione”, *Fallos*, 325:3538.

196 Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones, versión provisoria*, pp. 4172 y 4173.

197 Convención nacional constituyente de 1994, *Diario de sesiones*, pp. 4176 y 4187.

7. Familia

La familia está contemplada en varios artículos de la Constitución. El 14 “bis”, plasmado en 1957, enuncia como regla general la obligación del Estado de establecer “la protección integral de la familia”, frase que proporciona al legislador y al juez un concepto jurídico indeterminado de múltiples y provechosas proyecciones. En la convención constituyente de aquel año quedó claro que estaba amparada tanto la familia legítima como la natural, criterio después ratificado por la Corte Suprema.¹⁹⁸ No se habló de uniones entre personas del mismo sexo (tampoco en la convención de 1994).

El artículo 20, redactado en 1853, asegura a los extranjeros el derecho a casarse, norma que naturalmente se extiende a los nacionales. El código de justicia militar exige que los miembros de las fuerzas armadas deban requerir autorización (so pena de cesantía) para contraer matrimonio con determinada persona. Algún tribunal ha declarado inconstitucional la denegación inmotivada de dicho permiso,¹⁹⁹ pero no la exigencia del permiso en sí, que a nuestro entender no se compatibiliza con el libérrimo derecho a casarse.

La Constitución no se refiere al divorcio (el tema fue expresamente excluido de la decisión del constituyente, en la asamblea reformadora de 1957),²⁰⁰ pero en el caso “Sejean” la Corte Suprema entendió que la imposibilidad legal (entonces vigente) de contraer nuevas nupcias por parte del divorciado, o sea, la negación por ley del divorcio vincular, lesionaba a la Constitución, por violar los conceptos de dignidad humana, igualdad, razonabilidad, o simplemente el derecho a casarse (que no debía ceñirse a una sola vez).²⁰¹ Poco después, la ley 23.515 instrumentó el divorcio vincular, norma que fue declarada, con acierto, constitucional por la Corte.²⁰²

La jurisprudencia del más alto tribunal ha reconocido también un derecho a la maternidad,²⁰³ ahora específicamente contemplado por el artículo 75, inciso 23, cuando menciona la protección de la mujer durante

198 CSJN, “Missort”, *Fallos*, 313:225 y “Morúa”, *Fallos*, 313:751.

199 Cám. Fed. de Córdoba, “L. c/ Gendarmería Nacional”, “El Derecho”, 125-659.

200 Convención Nacional constituyente de 1957, *Diario de sesiones*, pp. 1420, 1481 y ss.

201 CSJN, *Fallos*, 308:2268.

202 CSJN, “Villacampa”, *Fallos*, 312:122.

203 CSJN, “Basigaluz Sáez”, *Fallos*, 308:1861 y “de Migrone”, *Fallos*, 268:159.

el embarazo y el tiempo de la lactancia. También, el derecho constitucional de los padres a la crianza y educación de sus hijos,²⁰⁴ inferido de aquellas normas.

Una tutela económica específica para la familia fue prevista por la parte orgánica de la Constitución, en su artículo 14 bis, cuando programa la “compensación económica familiar” (traducida en las “asignaciones familiares” respecto de los asalariados, que tienen así base constitucional, conforme lo indicó la Corte Suprema),²⁰⁵ y en la “defensa del bien de familia”, que ampara con la inembargabilidad a los inmuebles urbanos y rurales que no superen cierto monto, y se encuentren habitados o explotados por una familia.

8. *Tutela de las mujeres, niños, ancianos y discapacitados en general*

La reforma constitucional de 1994 (artículo 75, inciso 23) previó “acciones positivas” a favor de estas personas, traducidas legislativamente por las Leyes 22.431, 24.314 y 24.657, al par que declaró con rango constitucional la Convención sobre los Derechos del Niño, de la ONU, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, también de Naciones Unidas. Conforme a la primera, algunos tribunales han declarado inconstitucionales preceptos legales complementarios del código civil que impedían, por ejemplo, la adopción de nietos por sus abuelos.²⁰⁶

VI. DERECHOS CULTURALES

La Constitución histórica de 1853/60 era muy discreta en este punto, circunstancia plenamente explicable por la época en que sancionó. Algunos de estos derechos culturales han sido introducidos en la reforma de 1994. Aun así, hay derechos, como los relativos al ocio y al deporte, que no tienen una consagración constitucional expresa, aunque pueden reputarse, si la doctrina y la jurisprudencia así lo quisieran, dentro de los derechos constitucionales “no enumerados” del artículo 33 de la Constitución, o en los “derechos de incidencia colectiva” en general, que también

204 CSJN, “Ramírez”, *Fallos*, 305:1826 y “Treviranus”, *Fallos*, 285:279.

205 CSJN, “Prattico”, *Fallos*, 246:345.

206 Cám.Civ y Com. de S.Fe, Sala III, “La Ley” 1997-F-145.

son mencionados, sin concreciones específicas, por el nuevo artículo 43 de la Constitución.

1. *Ambiente*

El flamante artículo 41 de la Constitución, que tiene como antecedentes, según expuso el miembro informante del despacho mayoritario, a las Constituciones de España, Portugal y Perú, a la conferencia de Estocolmo (1972) y la Cumbre de Río de Janeiro (1992), ampara a “todos los habitantes”, pero también protege los derechos de las “generaciones futuras”, sugestiva ampliación en cuanto el cupo de sujetos constitucionalmente habilitados como sujetos de derecho. En sus rasgos generales, la norma programa un ambiente sano y equilibrado, la utilización racional de los recursos naturales y la preservación del patrimonio natural y cultural, por lo cual las actividades productivas deben satisfacer las necesidades actuales sin afectar a las generaciones del porvenir. En particular el nuevo texto enfatizó el mantenimiento de la diversidad biológica y la información y educación ambientales.

La norma crea asimismo un deber constitucional del Estado, en el sentido de “proveer” a la protección del ambiente, y otro, legislativo, de dictar normas que instrumenten tales aspiraciones. La falencia estatal en alguno de estas obligaciones importaría, por ende, un supuesto de inconstitucionalidad por omisión.

El artículo 41 enfatiza asimismo la prohibición de ingreso al territorio nacional de residuos actual y potencialmente peligrosos, y de modo más terminante, de basura radiactiva, riesgosa o no.

2. *Información*

El “derecho a la información” no tiene consagración constitucional explícita, pero de todos modos cuenta con varias vertientes. Por un lado, como se anticipó, abarca el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, como capítulo del derecho de prensa y de libertad de expresión.²⁰⁷ Por otra parte, en el caso “Urteaga”, la Corte Suprema habló igualmente del derecho de los particulares a acceder a los

207 CSJN, “Vago c/ la Urraca”, “La Ley” 1992-B-367, consid. 5o.

registros públicos, tutelable ya por el amparo general, o por el hábeas data.²⁰⁸

3. Intimidación

Sobre el tema, nos remitimos a lo ya visto en el apartado: derechos individuales, en los relativo a la libertad de intimidad.

4. Migración

La Constitución de 1853 se sancionó con una clara política migratoria, y bajo el lema, acuñado por el padre ideológico de la Constitución, Juan Bautista Alberdi, de “gobernar es poblar”. Así, el artículo 25 estableció como obligación constitucional del Estado “fomentar la inmigración europea”, cláusula en su momento racista, ya que Alberdi, en sus celebres *Bases*, postulaba atraer, en particular, inmigrantes ingleses, cuya raza, escribía, garantizaría la libertad y el progreso material.

El mismo artículo 25 agrega que no podrá gravarse con impuesto alguno, o restringirse o limitarse, el ingreso de extranjeros que vengan a labrar la tierra, mejorar las industrias y divulgar las ciencias y las artes.

El Preámbulo, por su parte, se propuso asegurar la libertad “para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, El artículo 20 garantiza a los extranjeros todos los derechos civiles de los argentinos, incluyendo expresamente el de casarse, testar, poseer bienes raíces, ejercer su industria, comercio o profesión, así como su culto, pero además les garantizó su derecho a no nacionalizarse como argentinos, a no pagar contribuciones forzosas o extraordinarias, y no prestar el servicio militar durante diez años posteriores a su naturalización.

La jurisprudencia de la Corte Suprema admite que la nacionalidad argentina sea exigida para prestar funciones en tareas vinculadas con la soberanía y la seguridad de la nación, siempre que ello sea razonable y no concrete propósitos persecutorios o de hostilidad.²⁰⁹ Por ello, no es constitucional prohibir a extranjeros desempeñarse, por ejemplo, como prácticos de puerto o ejercer la docencia en escuelas privadas.²¹⁰

208 En “Urteaga” (CSJN, *Fallos*, 321:2767), el voto del ministro Fayt subraya que hay un derecho constitucional de los habitantes de informarse sobre los actos del Estado.

209 CSJN, “Radulescu”, *Fallos*, 290:83.

210 CSJN, “Repetto”, *Fallos*, 311:2272.

Un caso particular ha sido el extranjero “internado”, que en tiempo de guerra es el militar de extraño país al que se le recortan sus derechos de locomoción con la posibilidad de traslados forzosos. En “Lange”, la Corte Suprema sostuvo que el internado no era jurídicamente “habitante”, a los fines del gozo de los derechos constitucionales que le compete a todo extranjero.²¹¹

Paralelamente, la Corte Suprema ha reputado constitucionales a leyes que dispusieron la expulsión de quien está irregularmente en el país,²¹² o de quienes son deportados por razones de orden público y paz social,²¹³ aunque ello está sometido al control judicial de razonabilidad.²¹⁴

En el orden de las realidades, Argentina cuenta con una importante cantidad de inmigrantes ilegales, en particular de países vecinos.²¹⁵ El número total treparía a 1.250.000 individuos. Respecto de los provenientes de países vinculados al “Mercosur” (Bolivia, Uruguay, Brasil, Paraguay), las últimas políticas gubernativas van por su no expulsión.²¹⁶

Recientemente la ley 25.871, llamada de migraciones, reglamentaria del tema, reconoce un “derecho a la migración” como esencial e inalienable de la persona (artículo 4o.), dispone una “efectiva igualdad de trato” a los inmigrantes, y proscribte prácticas discriminatorias (artículos 5o. y 13).

5. Diversidad lingüística y étnica

La Constitución de 1853 (momento en el que había una fuerte presencia numérica y porcentual de aborígenes en el país, ocupantes incluso de quizá la mitad del territorio argentino, pero hoy circunscripta tal vez a un 5% de la población), incluyó en su articulado una regla protectora de los indígenas, como era la obligación del Congreso de conservar el trato pacífico con los mismos y promover su conversión al catolicismo (ex ar-

211 CSJN, *Fallos*, 207:125.

212 CSJN, “Ferreyra Hernández”, *Fallos*, 271:272.

213 CSJN, “Maciá y Gassol”, *Fallos*, 151:211 y “Deportados en el Transporte Chaco”, *Fallos*, 164:344.

214 CSJN, “Argüello”, *Fallos*, 268:406 y “Ferrocarriles del Estado Argentino”, *Fallos*, 270:419.

215 *Cfr.* Diario *La Nación*, Buenos Aires, 4-2-04, p. 9. Según esta fuente, había en ese momento, en situación de clandestinidad, 153.788 bolivianos, 193.767 chilenos, 202.972 paraguayos, 19.200 brasileños y 107.779 uruguayos.

216 *Idem.*

título 67, inciso 15). Al revés del texto constitucional norteamericano, que otorgaba a los pueblos primitivos aptitud para celebrar convenios con el Estado, la Argentina no les reconocía personería jurídica (Corte Suprema, caso “Guari”).²¹⁷

Tal precepto, ya anacrónico, fue derogado durante la reforma constitucional de 1994, y sustituido por otro, aprobado por unanimidad (el actual artículo 75, inciso 17) con un contenido moderno y reivindicativo de los derechos de tales pueblos.

Además de reconocer la preexistencia étnica y cultural de dichas comunidades, y su personería jurídica, el nuevo texto consagra el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan (un tipo de derecho de dominio no tratado por el código civil), la entrega de otras aptas para su desarrollo humano, con las notas de inenajenabilidad, intransmisibilidad e inembargabilidad. También se propone la nueva norma asegurar la participación de los aborígenes en la gestión de los recursos naturales y demás intereses que los afecten.

El reciente inciso constitucional que comentamos ha estimulado el planteo de reclamaciones de los grupos indígenas en pro de sus intereses.

VII. DERECHOS POLÍTICOS

El texto constitucional original de 1853/60 edificó un régimen “representativo, republicano y federal”, según el artículo 1o. de la Constitución, y diseñó una democracia estrictamente representativa, y no participativa, donde “el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución” (artículo 22, todavía vigente). La norma añade que toda reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición, aunque este último segmento del precepto constitucional pueda quizá entenderse derogado por desuetudo).

Dentro del referido esquema constitucional, el “pueblo” (vale decir, el cuerpo electoral, sobre cuya composición nada decía la Constitución, lo que permitía que por vía legal se impusiera el sufragio calificado) solamente elegía a la Cámara de Diputados. Los senadores eran nombrados por las legislaturas provinciales, el presidente a través de colegios electo-

²¹⁷ CSJN, *Fallos*, 155:302.

rales (elegidos por el “pueblo” ya referido, con lo que la elección del jefe de Estado lo era “por segundo grado”), mientras que los jueces federales eran designados por el presidente con acuerdo del Senado (para algunos, esto era “elección por tercer grado”). Hasta la sanción de la ley 8871, a comienzos del siglo XX, que implanta el sufragio universal, igual y secreto, los comicios populares padecían de gruesas y continuas falencias en cuanto sus exclusiones, desarrollo y cómputo. También hubo importantes vicios desde 1931 hasta 1942 (tramo llamado “la década infame”, precisamente a raíz del fraude electoral), y severas proscipciones para el justicialismo desde 1957 a 1963. Todo ello sin contar los periodos de gobiernos castrenses y *de facto* en los que hubo, naturalmente, veda electoral. Por lo demás, las mujeres recién pudieron votar, en el orden nacional, a partir de la ley 13.030 (año 1947). En síntesis, en términos estadísticos, la genuina vigencia de la democracia en el país fue, hasta la reinstitucionalización producida en 1983, la excepción más que la regla.

1. Ciudadanía

El nuevo texto constitucional reformado en 1994 (artículo 75, inciso 12) determina que las leyes de naturalización y nacionalidad deben pronunciarse “con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina”, con lo que distingue, inicialmente, dos tipos de “nacionales”: los nativos (“naturales” de Argentina), y los no nacidos en Argentina (o argentinos “por opción”, que son los hijos de argentinos nacidos en el exterior, y que escogen ser argentinos). El texto constitucional propone la prevalencia del principio del *jus soli* (quien nace en Argentina es argentino, con independencia de la nacionalidad de los padres), hecho que se explica por ser el país un Estado con fuerte presencia de inmigrantes.

El artículo 20 de la Constitución alerta sobre un tercer tipo de argentinos: los extranjeros, cuando adquieren la nacionalización residiendo dos años continuos en la República (aunque ese término puede acortarse alejando y probando servicios al país). Estas personas son llamadas “ciudadanos por naturalización”, según el artículo 21 de la Constitución. Estos dos artículos datan de 1853/60, lo que explica cierto desfase conceptual con el reciente artículo 75, inciso 12.

Según la ley 346, los conceptos de nacionalidad y ciudadanía son unificados. No hay nacionales no ciudadanos, aunque la Corte Suprema determinó que no todos los ciudadanos gozan de los derechos políticos en igual medida, los que pueden ser recortados por razones de edad y aptitudes morales y cívicas, según la reglamentación legal.²¹⁸

Algunas leyes, respecto de ciertos países, han aceptado convenios de “doble nacionalidad” (casos de España e Italia, por leyes 18.957 y 20.588, *v. gr.*). En rigor de verdad, la “doble nacionalidad” es un hecho no previsto por la Constitución. Si ese silencio constitucional implica simplemente una laguna que pueda ser cubierta por los operadores del sistema constitucional (legisladores, el presidente, los jueces) o una prohibición, es un tema propio de la teoría constitucional. Personalmente estimamos que dicho silencio debe ser cubierto por el proceso de “integración” de la regla faltante, conforme los mecanismos habituales ensayados al respecto (analogía, principios y valores constitucionales, recurso al derecho comparado, etcétera)²¹⁹ y que la imprevisión constitucional no significa la interdicción de la doble nacionalidad. Como fenómeno contemporáneo, la doble nacionalidad es una buena solución jurídica, tanto para los Estados como para las personas involucradas, imperante además en numerosas comunidades, y por ende, conforme a las actuales pautas culturales e ideológicas, el vacío constitucional puede cubrirse aceptándola. En conclusión, se la puede reputar constitucional.

2. Partidos políticos

El texto constitucional de 1853/60 no mencionaba a los partidos políticos, pero la Corte Suprema los había calificado en el caso “Ríos” como “necesarios para el desenvolvimiento de la democracia representativa”, y reconoció a los ciudadanos el derecho constitucional a formarlos y a afiliarse a ellos.²²⁰

Con posterioridad, la reforma de 1994 les dio alcurnia constitucional, definiéndolos como “instituciones fundamentales del sistema democrático” (artículo 38). Por ende, actualmente, una democracia sin partidos se-

218 CSJN, “Salinas”, *Fallos*, 147:282 y “Lanteri de Renshaw”, *Fallos*, 154:289.

219 En cuanto la integración constitucional como método para cubrir las lagunas constitucionales, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 194 y ss.

220 CSJN, *Fallos*, 310:819.

ría en Argentina una democracia inconstitucional. Además, el mismo artículo reguló su creación y ejercicio dentro de las siguientes pautas:

- Libertad para formarlos y en su desenvolvimiento, pero respetando a la Constitución.
- Organización y funcionamiento democráticos.
- Respeto de las minorías.
- Derecho a postular candidatos para cargos públicos electivos.
- Acceso a la información pública y a la difusión de sus ideas.
- Obligación del Estado al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes.
- Deber de dar publicidad al origen y destino de sus fondos y patrimonio.

Ese marco constitucional provoca algunas observaciones. La primera, es si posibilita un control ideológico sobre los partidos. Antes de la reforma de 1994, la Corte Suprema había reputado constitucional la proscripción del partido comunista y, en general, de cualquier otro que pusiera en peligro la subsistencia de las instituciones democráticas.²²¹ La ley 23.298, reglamentaria de los partidos, no establece expresamente tal control ideológico, pero dispone (artículo 51) que podrán ser disueltos cuando sus autoridades, o candidatos no desautorizados por las mismas, cometieren delitos de acción pública o impartieren instrucción u organización militar a sus afiliados. En verdad, si un partido antisistémico no cumple con el deber de respeto a la Constitución que contempla el ya citado artículo 38 de la ley suprema, podría ser tanto impedido de formar, como disuelto.

En otro orden de ideas, la facultad constitucional de postular candidatos por los partidos ha concluido, merced a la legislación reglamentaria, en un monopolio de tal postulación por ellos. En otras palabras, en el orden nacional no puede haber hoy candidatos independientes, no presentados por los partidos. La Corte Suprema, también en el ya citado caso “Ríos”, declaró que tal opción legislativa no es inconstitucional. Según la convención constituyente, el nuevo texto no impide que la ley ordinaria permita la existencia candidatos independientes (pero también resultaría constitucional que no los permita).²²² La actual crisis de representa-

221 CSJN, “Gómez”, *Fallos*, 283:83 y “Partido Obrero”, *Fallos*, 253:133.

222 Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, pp. 1935 y ss.

tividad de los partidos aconsejaría, en verdad, que esa legislación regulatoria permita la presentación de listas no partidarias.

La cláusula constitucional que impone el deber estatal de financiar a los partidos fue sostenida, en la convención constituyente, por la necesidad de dar igualdad de oportunidades a todos ellos.²²³ En los hechos, hay fuertes críticas sobre tal dispositivo (para muchos, es un estimulador de la partidocracia), y más todavía, en torno a la escasa transparencia sobre el financiamiento de los partidos, tanto respecto de su ingreso como del destino de sus fondos. Una reciente ley, 25.680, intenta disciplinar el tema.

Por su parte, la ley 25.611 ha procurado instrumentar el sistema de “elecciones primarias abiertas” en los partidos, habilitando a la ciudadanía a participar en la selección de los candidatos que los partidos presentarán posteriormente en los comicios. A pesar de sus buenas intenciones, a aplicación de esta norma ha sido retaceada, y su mérito es dudoso: permite que grupos de un partido interfieran en la vida interna de otro. Además, la ciudadanía no ha demostrado mayor interés en la efectivización de esta norma.

3. *Sistema electoral*

Para la elección del presidente de la nación, la Constitución dispone ahora que es votado directamente por el pueblo, conformando el territorio nacional un solo distrito (artículo 94. El régimen anterior, con rasgos históricamente aristocratizantes, disponía que el presidente era designado a través de colegios electorales, elegidos por el pueblo). Igual régimen se aplica al vicepresidente (artículo 94).

Los senadores son tres por provincia y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en forma directa y conjunta, “correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos” (artículo 54). Habrá pues tantos distritos electorales como provincias haya, y uno más para la ciudad de Buenos Aires.

Sobre los diputados, el artículo 45 de la Constitución establece que son “elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la capital en caso de traslado, que se consideran a

223 Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, p. 1834.

este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios”. Por “pueblo” debe leerse “cuerpo electoral”. Lo de “elección directa” y “a simple pluralidad de sufragios” se entendió, en los inicios históricos, el llamado sistema de “lista completa”, por el que la lista que obtenía la mayor cantidad de sufragios se llevaba, de modo muy simple, la totalidad de las bancas en disputa.

Sin embargo, con posterioridad se produce un interesante caso de mutación constitucional. Dado que el régimen de “lista completa” (vigente durante 1857 a 1903, y de 1905 a 1911) empezó a reputarse injusto (bastaba un voto de diferencia, por ejemplo, para que una lista ocupase todos los cargos en disputa en el distrito del caso), un primer cambio fue el sistema de las “circunscripciones uninominales”, aplicado con ciertas variantes desde 1902 a 1904, y durante 1951 a 1955. A partir de 1912, hasta 1951, y desde 1958 a 1962, se instrumentó el sistema de denominada “lista incompleta” o de “voto restringido” (dicho asimismo “de la ley Sáenz Peña”, 8871, que lo estableció en 1912), por el cual, en términos generales, cada elector votaba por una lista que incluía solamente los dos tercios del número de bancas a cubrir. En cada distrito, la lista triunfadora se alzaba con esos dos tercios, y la lista que le seguía en número, el tercio restante.

En 1957, y a partir de 1963 hasta ahora, se efectivizó en sus rasgos principales el régimen de “representación proporcional”, en su variante D’Hont, que ha dado lugar a las llamadas “listas-sábana” (cada elector vota por la totalidad de los cargos a cubrir, sin posibilidad de tachas o sustituciones). Este régimen, propiciado por el actual código nacional electoral (ley 19.945 y sus modificatorias) pareció en sus comienzos más legítimo, dado que la cámara de diputados podía, cual una fotografía, reflejar mejor al mapa político del país. Sin embargo, hoy día se lo acusa de un déficit de representatividad, ya que el elector, especialmente en los distritos grandes, se encuentra con una larga nómina de candidatos que habitualmente desconoce, salvo, por excepción, a los más relevantes. De ahí que una promocionada “reforma política” intente en los últimos tiempos, aunque hasta ahora sin éxito, replantear otros sistemas electorales, quizá mixtos (circunscripciones más representación proporcional, *v. gr.*).

Salvo el régimen de la “lista completa”, los demás resultarían inconstitucionales, atento las claras prescripciones del artículo 45 de la Constitución. Sin embargo, se ha operado, según advertimos, una interpretación mutativa de tal precepto, generadora de un derecho constitucional

consuetudinario que autoriza prácticamente cualquier sistema electoral democrático que el Poder Legislativo quiera programar.

4. *Derecho a elegir y a ser elegido*

Respecto del voto, nada decía la Constitución de 1853/60, por lo que para algunos prestigiosos autores, como Juan B. Alberdi, era factible el sufragio calificado.²²⁴ En aquel esquema constitucional, incluso, la Corte Suprema había dicho en 1929 que resultaba constitucionalmente posible (caso “Lanteri de Renshaw”) privar por ley a las mujeres del derecho de votar, porque esa diferenciación surgía “del orden de la naturaleza” (*sic*).²²⁵

La reforma constitucional de 1994 determinó en el nuevo artículo 37 que el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. No prosperó la propuesta de declarar al sufragio, también, “personal” e “intransferible”, aunque estas notas se desprendan del código nacional electoral.²²⁶

La ley reglamentaria dispone que votan los mayores de 18 años. La obligatoriedad del sufragio, un tema hoy hartamente discutido, lo presenta como una suerte de derecho-deber, o de función pública, como lo definió la Corte Suprema en el caso “Ríos”.²²⁷

Un tema que ha despertado ciertas controversias son las limitaciones que establece el código nacional electoral (*v. gr.*, soldados, gendarmes, marinos y alumnos de establecimientos militares, los detenidos por orden de juez competente, rebeldes en causas penales, etcétera), tanto para sufragar como para ser elegido. El problema es que el Pacto de San José de Costa Rica, que tiene jerarquía constitucional según el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, menciona en su artículo 23 como posible restricción comicial, y “exclusivamente”, razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena, por juez competente, en proceso penal. Por ello, la Corte Suprema ha reputado —acertadamente— violatorios del Pacto, y por ende, inconstitucionales, las restricciones electorales aplicadas a personas procesadas en sede penal, pero todavía no condenadas.²²⁸

224 *Cfr.* Alberdi, Juan Bautista, *op. cit.*, nota 45, capítulo XXII, p. 1.

225 CSJN, *Fallos*, 154:283.

226 Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, pp. 4690 y ss.

227 CSJN, *Fallos*, 310:819.

228 CSJN, *Fallos*, 325:524, “Mignone”.

Cabe observar que el Pacto autoriza restricciones por motivos de educación, con lo que sería factible negar el sufragio o el acceso a cargos electivos a analfabetos, por ejemplo.

Al imponer el voto “igual”, el artículo 37 de la Constitución impide el voto “múltiple” o “plural”, previsto ya para otorgar a una persona un voto con valor de, por ejemplo, dos o tres sufragios, o habilitándola para sufragar en más de un orden electivo (v. gr., un voto como ciudadano, otro para representar a una profesión o grado universitario, etcétera).

5. *Participación política. Iniciativa popular y consulta popular*

Abandonando el sistema decimonónico de la democracia puramente “representativa” (encarnado en el artículo 22 de la Constitución, según vimos), la reforma constitucional de 1994 dio varios pasos en pro de una democracia “participativa”, donde el pueblo, a más de elegir gobernantes, adopta ciertas decisiones políticas. La incompatibilidad ideológica entre el artículo 22 de la Constitución, y los nuevos 39 y 40, debe dirimirse a favor de los últimos, atento el principio “ideología posterior derogada ideología *priori*”.²²⁹

Así, el nuevo artículo 39 pergeñó el “derecho de iniciativa” para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. La ley reglamentaria no puede exigir más del 3% del patrón electoral, para que un grupo de personas presente dicho proyecto, sobre el que deberá darle expreso tratamiento dentro del plazo de doce meses. No obstante, no existe tal derecho para los proyectos referentes a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal, según el mentado artículo 39, negación no fácil de comprender. En la asamblea constituyente, el miembro informante del despacho mayoritario argumentó vagamente que algunas de estas materias eran muy complejas, y que en el caso de los tratados podía complicar nuestras relaciones exteriores.²³⁰ Eso hace presumir una especie de *capitis deminutio* para el pueblo, por el mismo constituyente, a quien se le juzgaría inidóneo para decidir tales asuntos, a pesar del principio de soberanía popular enunciado en los artículos 33 y 37 de la Constitución.

229 Sobre los distintos modos de resolver las contradicciones ideológicas de una constitución, nos remitimos a nuestra *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 70 y ss.

230 Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, p. 2026.

El derecho de iniciativa fue regulado por la ley 24.747. En principio, ella requiere el 1.5%, al menos, de firmas del número de ciudadanos del último padrón utilizado para la elección de diputados.

El también nuevo artículo 40 contempla dos tipos de consulta popular. El primero, de tipo vinculante, implica someter a referéndum un proyecto de ley, por iniciativa de la Cámara de Diputados. El comicio popular convierte el proyecto en ley, con promulgación automática (vale decir, sin posibilidad de veto presidencial), lo que implica conferirle al cuerpo electoral poderes incuestionablemente legislativos.

La consulta no vinculante es dispuesta discrecionalmente por el presidente o por el Congreso, en el marco de las materias que son de su competencia. En tal caso, el voto de cada elector es voluntario (artículo 40 de la Constitución). La consulta popular no vinculante carece de efectos jurídicos concretos, como puede advertirse, pero puede tener implicancias políticas muy significativas.

La ley de reglamentación de las consultas populares es la 25.432. Para determinar el resultado de cualquier consulta, el artículo 13 prescribe que no se tendrán en cuenta los votos en blanco.

Hasta el momento, diez años después de la reforma constitucional, no se han consumado casos de iniciativa o de consulta popular.

Cabe subrayar que la enmienda de 1994 no programó para ningún caso el mecanismo de revocatoria popular de mandatos (*recall*).

6. Derecho de resistencia a la opresión

El nuevo artículo 36 del texto aprobado en 1994, afirma en su párrafo 4 que “Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia a la opresión contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo”.

Los “actos de fuerza” en cuestión, son la interrupción de la observancia de la Constitución motivados por actos de violencia contra el orden institucional y el sistema democrático, según reza el párrafo 1 del mismo artículo.

Como consecuencia de lo indicado, se trata aquí de la constitucionalización explícita del derecho de resistencia a la opresión contra un determinado tipo de hechos, referidos sin duda a los reiterados golpes de Estado que vivió el país.

En la convención constituyente de 1994 la exposición del miembro informante del despacho mayoritario no fue clara, ya que por un lado señaló que el derecho de resistencia a la opresión podía ser tanto activo como pasivo (el primero, como se sabe, puede culminar en la insurrección armada), aclaró que había “un modo argentino en resistir, que no consiste precisamente en tomar las armas”, como históricamente había sido la abstención electoral.²³¹

Quedó entonces claro que el texto constitucional no comprende otros tipos de resistencia a la opresión, como podía ser el instrumentado, en circunstancias harto extremas y excepcionales, es cierto, contra las tiranías de ejercicio de gobiernos que fueron inicialmente *de jure*. En estas hipótesis el derecho de resistencia a la opresión podría eventualmente reputarse, si se dieran todas las muy especiales condiciones del caso, como derecho constitucional no enumerado, proveniente del artículo 33 de la Constitución (Casiello).²³²

VIII. GARANTÍAS

La expresión “garantías” se utiliza en el derecho argentino con tres acepciones distintas. Por un lado, alude a ciertos procesos constitucionales destinados específicamente a tutelar los derechos constitucionales, al estilo del amparo, hábeas corpus y hábeas data. Por otro, refiere a algunos dispositivos procesales que tutelan al debido proceso (incluso en los procesos constitucionales ya referidos), como el derecho de defensa en juicio, acceso a la justicia, o justicia pronta, o la aplicación de las penas. Finalmente, se habla de “garantías” con relación a ciertos topes punitivos, que protegen a los habitantes contra sanciones que pueda imponer el Estado. Algunas veces, entonces, las “garantías” pueden asimilarse a un “derecho”.

1. *Amparo*

La acción de amparo general tuvo creación jurisprudencial por la Corte Suprema de Justicia en los casos “Siri” (contra actos de autoridad pública), y “Kot SRL” (contra actos de particulares). Fue un interesante y

²³¹ *Ibidem*, p. 1399.

²³² Nos remitimos a Sagüés, Néstor P., *op. cit.*, nota 94, t. 2, pp. 865 y ss.

positivo caso de activismo judicial. La Corte, en definitiva, ubicó al amparo como uno de los “derechos no enumerados” mencionados por el artículo 33 de la Constitución nacional.²³³

Con posterioridad, el amparo, en el orden nacional, tuvo diversas regulaciones legales. De tal modo, existe una multiplicidad de amparos quizá única en el derecho comparado, a saber: el amparo contra actos de autoridad pública (ley 16.986); el amparo contra actos de particulares (legislado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); el amparo por mora (artículo 28 de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549); el amparo por mora de la Dirección General Impositiva (ley 11.683, texto ordenado); el amparo por mora de la Dirección Nacional de Aduanas (instrumentado en el Código Aduanero); el amparo electoral, previsto por el Código Nacional Electoral (ley 19.945 y modificatorias); el amparo sindical, contemplado en la Ley de Asociaciones Profesionales 23.551, y el llamado “amparo ambiental” (ley 25.675).

Cada uno de esos amparos se ha sancionado en épocas distintas, y con un ritmo ideológico diferente. Incluso uno de ellos, el tratado por la ley 16.986, responde a las pautas autoritarias de un gobierno *de facto*, ya que se promulgó en 1966.

La reforma constitucional de 1994 normó expresamente al amparo, en el nuevo artículo 43. En verdad, presentó al amparo como una acción genérica de tutela de derechos, con tres variables: el amparo propiamente dicho, el hábeas data y el hábeas corpus.

Las pautas constitucionales son las siguientes. En cuanto los derechos tutelados, la Constitución dice que el amparo protege a “derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”. No hay, pues, distinción entre derechos constitucionales fundamentales o no fundamentales, explícitos o implícitos. Más todavía, según el miembro informante en la convención constituyente, el amparo no cubre solamente derechos constitucionales, legales y emergentes de un tratado, sino los provenientes de cualquier fuente jurídica.²³⁴ Podrían involucrarse, de tal modo, derechos emergentes de un contrato.

En cuanto los actos atacables por el amparo, el texto constitucional habla de actos u omisiones de autoridad pública y de particulares, ya sea que existan en forma actual o inminente y cuando restrinjan, alteren o

233 CSJN, *Fallos*, 241:291.

234 Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, pp. 4252 y 4253.

amenacen aquellos derechos. El acto lesivo, sin embargo, debe poseer (según el artículo 43 de la Constitución), “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta”. Esto significa una importante restricción, ya que el defecto del hecho o acto impugnado debe ser palmario, evidente, grosero. Si se trata de algo opinable, discutible, o cuya dilucidación exige mayor debate y prueba que la obtenible en el comprimido trámite del amparo, no es impugnable por esta acción.

Respecto a la legitimación activa, puede articular el amparo, en primer lugar, “toda persona”. El texto constitucional no debe hacer suponer, sin embargo, que hay aquí acción popular. Eso quedó debidamente aclarado en la convención constituyente.²³⁵ Se trata solamente del “afectado”. El párrafo 2 del artículo 43, no obstante, amplía el abanico de la legitimación activa en ciertos temas, como discriminación, tutela del ambiente, de la competencia, del usuario y consumidor, y respecto de los derechos de incidencia colectiva en general, además del afectado propiamente dicho, en pro del defensor del pueblo y de las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, que determinará los requisitos y formas de su organización. A esto se lo ha llamado el “amparo colectivo”.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado, no obstante, que el defensor del pueblo no actúa en abstracto, sino que cuando intervenga debe haber afectados concretos.²³⁶ También ha señalado que las asociaciones referidas pueden litigar aunque no estén inscriptas en el registro que el artículo 43 de la Constitución prevé, con lo que, indirectamente, ha realizado una interpretación mutativa por sustracción, no exigiendo un requisito que la Constitución explícitamente determina.²³⁷ Y ha negado a legisladores legitimación activa para que puedan interponer amparos, invocando solamente su condición de repre-

235 Convención nacional constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, pp. 4259/60. Nos referimos más largamente al tema en nuestro trabajo *Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo*, en Bidart Campos, Germán J. et al., *El amparo constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1999, pp. 20 y ss.

236 En el sentido que la actuación judicial del Defensor del Pueblo exige la presencia de un agraviado concreto, y que por ende, no puede aquel funcionario plantear cuestiones abstractas, véase CSJN, *Fallos*, 321:1352, “Consumidores Libres”.

237 CSJN, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina”, *La Ley*, 1997-C-322.

sentantes (salvo que fueren directamente agraviados por el acto lesivo que objetan).²³⁸

Respondiendo a una norma de la ley 16.986 que impedía en el amparo declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos y ordenanzas, algo por cierto paradójal en un proceso destinado, precisamente, a afianzar la supremacía de la Constitución, el nuevo artículo 43 de la Constitución autoriza puntualmente al juez a declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivo.

Un tema que ha dado lugar a hondas polémicas y que permanece todavía inconcluso es el concerniente al rol subsidiario o directo del amparo. Según el mensaje del miembro informante del despacho mayoritario en la convención constituyente, convencional Díaz, el amparo era un instrumento supletorio y excepcional, que no prospera si hay otras vías, judiciales o administrativas, útiles para atacar al acto u omisión lesivos. No obstante votarse y aprobarse la norma con tales aclaraciones, el texto sancionado (artículo 43), sostiene que el amparo, acción expedita y rápida, opera “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”. Una interpretación literal del precepto, desprendida de la voluntad del constituyente histórico, parecería llevar a concluir que el amparo es un procedimiento directo, no subsidiario, y que siempre tendría que actuar, salvo que existiere otra vía judicial mejor, para el interesado.

En la práctica, y en términos generales, la jurisprudencia de la Corte Suprema reserva todavía el amparo como proceso supletorio y excepcional, al que no debe recurrirse si median otras vías legales (no diferencia entre administrativas y judiciales) eficaces para atacar al acto lesivo.²³⁹

Otro tema preocupante es el de la compatibilidad entre varias reglas cuasi castrativas del amparo contenidas en la ley 16.986, y el nuevo texto constitucional. De hecho, varios tribunales entienden, por ejemplo, que

238 En cuanto que un legislador no tiene legitimación procesal activa para articular amparos invocando su mera condición de representante del pueblo, véase CSJN, *Fallos*, 320:2851 (“Rodríguez”).

239 La Corte Suprema registra cambios jurisprudenciales en torno al rol del amparo realmente preocupantes. Por ejemplo, en “Berkley”, *Fallos*, 323:3770, comparte la tesis del Procurador General de la Nación que parece otorgarle un papel directo, pero poco después, en “Provincia de San Luis”, considerando 12, (*La Ley*, 2003-B-537), vuelve a su tesis tradicional, coincidente con el criterio de la mayoría de la convención constituyente de 1994, en el sentido que es un proceso subsidiario o supletorio, que solamente prospera si las vías legales existentes, administrativas o judiciales, no son idóneas para atacar el acto lesivo cuestionado en el amparo. Y esas mutaciones prosiguen después.

la apelación con efecto suspensivo de una medida cautelar dictada en sentido afirmativo por un juez de primera instancia, tal como lo dispone el artículo 15 de la ley 16.986, colisiona con el trámite “expedito y rápido” que para el amparo diseña el artículo 43 de la Constitución.²⁴⁰ Hemos compartido tal criterio.

2. Hábeas data

El párrafo 3 del artículo 43 de la Constitución nacional instrumentó, como una variable de la acción de amparo, al hábeas data, aunque sin llamarlo explícitamente así. Las razones de tal opción se fundan en que la ley de convocatoria de la convención constituyente, 24.309, si bien habilitaba a la asamblea a tratar la constitucionalización del amparo y del hábeas corpus, nada decía del hábeas data. Ubicando a este último como un subtipo de amparo, se salvarían las posibles críticas a un desborde de la convención respecto del temario que la condicionaba.

Las reglas constitucionales indican, en cuanto legitimación activa, que el hábeas data puede ser ejercitado solamente por la persona a quien se refieren los datos del caso. En cuanto legitimación pasiva, opera contra “registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes”. Los objetivos constitucionales del hábeas data dan lugar a distintos subtipos de esta acción: hábeas data *informativo* (solamente procura averiguar datos; una de sus alternativas es el *autorral*, cuando ausculta quién obtuvo la información; otra, el *finalista*, en torno a los objetivos de ese registro), *aditivo* (generalmente se propone actualizar datos), *rectificador* (si intenta corregirlos), *cancelador* (cuando exige borrar datos, en particular sobre “información sensible” concerniente a ideas políticas, religiosas, morales, sindicales, enfermedades, comportamiento sexual, etcétera) y *reservador* (hipótesis en la que mantiene la confidencialidad en torno a ciertos datos bien registrados, pero que legalmente no deben trascender).²⁴¹

240 Sosteniendo que es inconstitucional la ley 16.986 de amparo, en cuanto concede solamente con efecto suspensivo un recurso de apelación contra la providencia que dispone una medida cautelar en el amparo, régimen que atenta contra el carácter expeditivo y rápido que debe caracterizar a tal proceso constitucional, ver Cámara Nacional Civil sala I, en “Quinquel S:A.”, “El Derecho” 188-554.

241 *Cfr.* Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 94, t. I, p. 312.

La Constitución agrega que con el hábeas data “no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”. El propósito del constituyente fue en verdad todavía más amplio: que con el hábeas data ni siquiera se rozara la libertad de prensa.²⁴² En ciertos medios, en efecto, existía el temor, no tan infundado, que mediante un hábeas data se perforaran los archivos de los medios de difusión, se averiguara quién la obtuvo e incluso que pudiera borrarse, cosa que indirectamente podría provocar una especie de censura periodística.

Esta acción fue reglamentada por la ley 25.326, llamada “de protección de datos personales”. Refuerza la protección de los medios de difusión, al señalar en su artículo 1o. *in fine* que “en ningún caso” podrá afectarse la base de datos ni las fuentes de información periodística; ampara significativamente a las empresas de prestación de servicios de información crediticia (ya que autoriza el tratamiento y difusión de datos relativos al incumplimiento de las obligaciones, por información del acreedor: artículo 26), y respecto de los organismos de seguridad, permite el tratamiento de datos (que involucra su transmisión), sin consentimiento de los interesados, por parte de fuerzas armadas y de seguridad, organismos policiales y de inteligencia, por razones de defensa nacional, seguridad pública y represión de delitos (artículo 23). Despliega, por lo demás, las pautas sobre el hábeas data contenidas en el artículo 43 de la Constitución.

En materia de trámite, la referida ley optó por regular parte del mismo. Es positivo, al respecto, que haya dispuesto mientras se diligencia el hábeas data, que se produzca por el juez el asiento, en el archivo demandado, que la información se encuentra sometida a litigio; o que el juez pueda igualmente disponer el bloqueo provisional del dato cuestionado (artículo 38). Pero en lo demás, el hábeas data se regula, supletoriamente, por la acción de amparo común (ley 16.986), y el juicio sumarísimo del código procesal civil y comercial de la nación. Esto ha generado un debate, todavía no terminado, en torno a si rigen en el hábeas data prescripciones de aquella ley como el plazo de caducidad de 15 días hábiles para plantear la acción, una vez conocido el acto lesivo por el afectado, o la necesidad de mediar en dicho acto arbitrariedad o ilegalidad manifiesta para el éxito de la acción instaurada, aunque el criterio de la Corte Suprema (caso “Martínez”, Jurisprudencia Argentina 2005-III-fascículo 1,

242 Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, p. 4051.

página 23) parece no exigir este último recaudo. El método aquí adoptado por el legislador reglamentario no ha sido del todo feliz.

Paralelamente, cabe observar que la ley 25.326 confiere competencia federal para todos los hábeas data referentes a registros, archivos, bases o bancos de datos interconectados en redes de alcance interjurisdiccional, nacional o internacional (artículo 44), con lo que, si se aplica literalmente este precepto, prácticamente no habría acciones de este tipo en las justicias provinciales.

3. Hábeas corpus

También el actual artículo 43 de la Constitución nacional dio tratamiento expreso al hábeas corpus, aunque de hecho, este proceso se infería del artículo 18 de la Constitución nacional de 1853/60, cuando indicaba que nadie podía ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.

En este punto, el constituyente de 1994 se inspiró en la ley nacional 23.098, y como ella, contempló la acción tanto para atender al hábeas corpus reparador o clásico, como al preventivo, el “restringido” (respeto de lesiones menores a la libertad ambulatoria, como seguimientos injustificados, bloqueos parciales al derecho de circular, citaciones injustificadas policiales para declarar o practicar otras diligencias), y el que hemos denominado hábeas corpus “correctivo”, que al decir del constituyente, en el artículo 43 mencionado, tiene por fin atacar el “agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención” de una persona (en tal supuesto, el sujeto está legalmente arrestado; pero su trato en la prisión es violatorio de sus derechos como persona: caso de vejámenes, mortificaciones, mezcla de presos comunes con detenidos políticos en virtud del estado de sitio, de menores con mayores, de procesados con condenados, etcétera).²⁴³

El texto constitucional, con acierto, ha previsto asimismo el hábeas corpus para el caso de los desaparecidos (un episodio lacerante, que en el país superaron los diez mil, según informes oficiales, en particular durante el último régimen militar de 1976/83), y declara que esta acción no

²⁴³ Sobre estas variables del hábeas corpus, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Hábeas corpus*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1998, t. 3, pp. 141 y ss., 199 y ss.

se suspende durante el estado de sitio, en consonancia con criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁴⁴ Cabe observar en este punto que la ley 23.098 tiene reglas específicas (artículo 4o.) para el hábeas corpus durante tal estado de excepción, previsto por la ley suprema, incluyendo el control judicial de razonabilidad (esto es, de causalidad y de proporcionalidad) sobre los arrestos que pueda disponer el presidente, y aun, sobre “la legitimidad de la declaración del estado de sitio” (la jurisprudencia de la Corte Suprema, sin embargo, es renuente a aceptar la justiciabilidad de la declaración misma de ese estado de excepción).²⁴⁵

Recientemente, en “Verbistky”²⁴⁶, la Corte Suprema ha creado jurisprudencialmente al “hábeas corpus colectivo”, esto es, al interpuesto a favor de un número indeterminado de personas, de tipo “correctivo”, y a fin de aliviar sus condiciones de detención en establecimientos penitenciarios y comisarías de la provincia de Buenos Aires. Es análogo al ya visto “amparo colectivo”.

4. *Garantías procesales*

El artículo 18 de la Constitución describe que “ningún habitante 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”.

Este breve párrafo ha dado lugar a una jurisprudencia actualizadora y desarrolladora de tal precepto, que viene de 1853/60. Por lo demás, está completado desde la reforma de 1994, con rango constitucional, por una serie de instrumentos internacionales entre los que se destacan el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin contar a estos últimos, la Corte Suprema ha inferido del texto constitucional los siguientes derechos y garantías:

244 CSJN, “Demaría”, *Fallos*, 48:31 y “Marcelo T. de Alvear”, *Fallos*, 167:325. Respecto a las Opiniones Consultivas núms. 8 y 9, véase García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 1008 y ss. y 1019 y ss.

245 CSJN, “Granada”, *Fallos*, 307:2284.

246 *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, núm. 12, 2005, p. 1151.

- Derecho a la jurisdicción, vale decir, de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia útil.²⁴⁷ Caso contrario, se presenta una situación de inconstitucionalidad: privación de justicia.²⁴⁸
- El tribunal de justicia debe ser imparcial e igual para todos.²⁴⁹ El “juez natural” es, en principio, el designado por la ley antes de los hechos del proceso, y con competencia para el caso.²⁵⁰ El “juez especial” (inconstitucional) es aquel que por ley o por otro conducto, es asignado a una causa concreta privándole de su competencia al juez que normalmente debía entender en ella.²⁵¹
- Una ley general puede cambiar la competencia de los tribunales, y ello es en principio constitucional, pero también puede haber violación al principio del juez natural si ese cambio permanente y general ha sido dolosamente destinado a sustraer causas al juez preexistente,²⁵² o si afecta la estabilidad de actos judiciales firmes.²⁵³
- Rige el principio de “justicia pronta”: existe un derecho constitucional a poner fin a una situación de incertidumbre, y de concluir con un estado de sospecha, dentro de lo razonable.²⁵⁴
- El derecho al debido proceso involucra un derecho a las etapas mínimas del proceso: acusación, defensa, prueba, sentencia,²⁵⁵ combinadas con los principios de progresividad y de preclusión,²⁵⁶ y de respeto a la cosa juzgada, por lo que rige también, inferido de la Constitución, el principio de *non bis in idem*.²⁵⁷

247 CSJN, “Santos”, *Fallos*, 307:282, “Christou”, *Fallos*, 308:155 y “Moriña”, *Fallos*, 311:682.

248 CSJN, “Marchissio”, *Fallos*, 301:111.

249 CSJN, “Colombo Murúa”, *Fallos*, 310:2342.

250 CSJN, “Ghirardi”, *Fallos*, 308:817.

251 CSJN, “Catuzzi”, *Fallos*, 310:2184 y “Magín Suárez”, *Fallos*, 310:2845, consid. 6o.

252 CSJN, “Sueldo de Poslesman”, *Fallos*, 310:804, consid. 7o.

253 CSJN, “Hussar”, DT 1996-B-2860.

254 CSJN, “Bartra Rojas”, *Fallos* 305:913; “Mattei”, *Fallos*, 272:188 e “YPF”, *Fallos*, 306:1688.

255 CSJN, “Casiraghi”, *Fallos*, 306:1705 y “Fernández”, *Fallos*, 308:1386.

256 CSJN, “Mattei”, *Fallos*, 272:188, consid. 9o., 10 y 14.

257 CSJN, “Pereyra”, *Fallos*, 248:232; “Beloercousky”, *Fallos*, 292:202 y “César y Antonio Karam SCICA”, *Fallos*, 310:360.

Por todo ello, se quiebra la garantía constitucional de referencia si se condena a alguien por un hecho por el cual no fue acusado,²⁵⁸ o si no tuvo oportunidad de elegir defensor,²⁵⁹ o si careció, en la esfera penal, de una defensa eficaz,²⁶⁰ o si no se produjeron las pruebas oportunamente ofrecidas.²⁶¹

Las confesiones compulsivas son, en la esfera penal, inconstitucionales, porque hay un derecho constitucional a no declarar.²⁶² Pero en el ámbito civil, la Corte Suprema admitió la absolución de posiciones.²⁶³ En el orden penal, la Corte admitió la constitucionalidad de la prueba de extracción compulsiva de sangre, respecto de un acusado, reputando que la misma no era humillante ni degradante,²⁶⁴ entendiéndose que en tal supuesto la persona no era “sujeto” de prueba, sino “objeto” de prueba. También ha aceptado la Corte Suprema la doctrina de “los frutos del árbol venenoso”, descartando aquellas probanzas que fueran secuela de actos violatorios del debido proceso.²⁶⁵

Paralelamente, la Corte ha reputado que del principio constitucional del debido proceso se desprenden los postulados de presunción de inocencia²⁶⁶ y de *in dubio pro reo*.²⁶⁷

En otro orden de ideas, para la Corte no había, en principio, y salvo que la ley lo establezca, un derecho constitucional a la doble instancia, o a recurrir,²⁶⁸ pero después de haberse incorporado el país al Pacto de San

258 CSJN, “Cardozo”, *Fallos*, 310:396; “Werssbord”, *Fallos*, 312:597; “Pérez”, *Fallos*, 315:2766 y “González”, *Fallos*, 315:1811.

259 CSJN, “Paz”, *Fallos*, 279:91.

260 CSJN, “Avéase Independencia 2131 SRL”, *Fallos*, 308:1557.

261 CSJN, “Augier”, *Fallos*, 306:843.

262 CSJN, “Schoklender”, *Fallos*, 311:345 y “Agüero Corvalán”, *Fallos*, 312:2146.

263 CSJN, “Miglione”, *Fallos*, 238:416; “Castello”, *Fallos*, 300:1173, etcétera.

264 CSJN, “H., C.S. y otro”, JA, 1996-III-436. Véase también CSJN, 30/09/03, caso “Vázquez Ferrá”, “Jurisprudencia Argentina” del 5/11/03, donde la Corte Suprema, sin embargo, impidió una extracción compulsiva de sangre a una joven que se negaba a hacerlo, si tal prueba podía incriminar a sus todavía padres legales (la víctima en cuestión habría sido hija de “desaparecidos” ultimados durante el último régimen militar). El caso contrapuso, por un lado, la dignidad de la joven, el sometimiento a una prueba que estimaba humillante, y el afecto hacia sus padres formales, frente al “derecho a la verdad”, el castigo a delitos y los deseos de los abuelos a identificar a su nieta, por el otro.

265 CSJN, “Rayford”, *Fallos*, 308:733 y “Francomano”, *Fallos*, 310:19.

266 CSJN, “Mozzatti”, *Fallos*, 300:1102.

267 CSJN, “Acosta”, *Fallos*, 300:1102.

268 CSJN, *Fallos*, 307:696, “El Hogar Obrero”, y 312:195, “Travaglio”.

José de Costa Rica, y de dársele al mismo rango constitucional, tal derecho sigue, en el ámbito penal.²⁶⁹

Cabe apuntar que la Constitución de 1853/60, con normas todavía existentes en su texto, impulsa el llamado juicio por jurados (artículos 24, 75 inciso 12, 118). *Prima facie*, podría concluirse que dicha modalidad de juicio es un presupuesto de la constitucionalidad del sistema judicial nacional. Sin embargo, ciento cincuenta años de vida constitucional sin que se haya instrumentado tal sistema, precisamente por las incógnitas que genera acerca de sus bondades, hacen suponer que se ha operado ya un derecho consuetudinario constitucional derogatorio de la imposición constitucional de tal recaudo (ello no impediría, claro está, que si el legislador lo estima prudente, lo ponga en vigencia, pero no ya como obligación de la Constitución). En “Casal” (sentencia del 20/09/05), la Corte Suprema ha puntualizado que el instituto del jurado programado por la Constitución implica asegurar los principios de publicidad y del sistema acusatorio penal.

5. *Garantías penales*

Del mentado artículo 18 se desprenden también, muchas veces por creatividad jurisprudencial, un puñado de muy gravitantes reglas de “derecho constitucional penal”, como el “principio de legalidad”: corresponde que el Congreso defina y precise los hechos punibles y las penas aplicables,²⁷⁰ siendo para ello incompetente el Poder Ejecutivo.²⁷¹ Sin embargo, y en pronunciamientos muy discutidos, la Corte Suprema ha admitido ciertas leyes penales en blanco, que dejan a la Presidencia especificar ciertas conductas penalizadas de modo muy amplio por el Congreso, “siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida”,²⁷² lo que de hecho ha permitido que el jefe de Estado describa tipos penales. También, y con iguales críticas, ha consentido ciertos tipos penales abiertos, en este caso precisados por los jueces conforme a valoraciones en vista a circunstancias concretas, explica el Tribunal, no susceptibles de enumeración previa.²⁷³

269 Por ejemplo, véase “Giroidi”, CSJN, *La Ley* 1995-D-461.

270 CSJN, *Fallos*, 304:892, “Cimac SCA”, y 308:1224, “Citrex SAIC2”.

271 CSJN, *Fallos*, 275:89, “Oliver”.

272 CSJN, *Fallos*, 304:1898, “Ufito”; 312:1920, “Legumres S.A.”.

273 CSJN, *Fallos*, 310:1909, “Musotto”.

Resulta interesante subrayar que en virtud del sistema difuso o desconcentrado de control de constitucionalidad que rige en el país, cuyos efectos se ciñen en principio al caso concreto, la Corte Suprema puede definir a algo como constitucional y mañana sentar la doctrina contraria, o viceversa. Pues bien: en “Bazterrica” reputó inconstitucionales a todos los delitos de peligro abstracto, para pocos años después, en “Montalvo” (bien que con distinta integración) entenderlos como constitucionales, siempre que fueren razonablemente enunciados por el legislador.²⁷⁴

También en materia penal, y del principio de legalidad, ha extraído la Corte Suprema la prohibición de realizar interpretaciones analógicas o extensivas de los tipos descriptos por el Poder Legislativo,²⁷⁵ explicando, por lo demás, que del artículo 18 de la Constitución se deduce la plena vigencia del principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*,²⁷⁶ el que requiere que la ley anterior o previa al hecho, debe haber sido publicada, asimismo antes de tal hecho.²⁷⁷ Por ende, además, son inconstitucionales las leyes penales retroactivas,²⁷⁸ salvo a favor del condenado.²⁷⁹ Paralelamente, son inconstitucionales las penas irrazonables, por ejemplo, las que guardan una irremediable desproporción entre el valor jurídico tutelado y la intensidad del castigo aplicado.²⁸⁰

Una significativa (y muy discutida) excepción a las directrices indicadas ocurre, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto de los delitos de lesa humanidad, ya que en cuanto ellos admite la aplicación retroactiva de la declaración de su imprescriptibilidad, o de la pena más grave, frente a lo cual no puede esgrimirse tampoco el principio de cosa juzgada (caso “Simón”, resuelto el 14/6/05). También, dichos delitos resultarían no amnistiabiles, todo a fin de cumplir las pautas del derecho internacional público en torno al castigo de tales figuras penales. La tesis de la imprescriptibilidad de estas figuras penales había sido antici-

274 CSJN, *Fallos*, 308:1392 y 1468 (casos “Bazterrica” y “Capalbo”, “La Ley” 1991-C-80, “Montalvo”).

275 CSJN, *Fallos*, 312:1920, “Legumbres S.A.”; 300:291, “Sotelo”.

276 CSJN, *Fallos*, 311:2721.

277 CSJN, *Fallos*, 293:157, “Longo”.

278 CSJN, *Fallos*, 304:849, “D’Ambra”.

279 CSJN, *Fallos*, 305:710, “Zerbino”. Al haberse dado rango constitucional al Pacto de San José de Costa Rica (nuevo artículo 75, inciso 22 de la Constitución), es una exigencia de rango constitucional que la ley nueva más benigna, beneficie siempre al condenado.

280 CSJN, *Fallos*, 314:424, “Pupelis”. Véase también “El Derecho”, 143-298.

pada en “Priebke” (*Fallos*, 318:2148) y en “Arancibia Clavel” (“Jurisprudencia Argentina” 2004-IV-423). En este último veredicto se advirtió que los delitos de lesa humanidad son perseguibles aunque no haya una ley local que los enuncie formalmente, ya que son definidos, por vía formal o consuetudinaria, por el derecho internacional.

Para concluir este capítulo resumido del derecho constitucional de las penas, conviene recordar que la Constitución prohíbe la pena de muerte para causas políticas (artículo 18) y que el artículo 119 sienta para el delito de traición a la patria el principio de personalidad de la pena, en el sentido que la pena termina en el delincuente y no trasciende a sus parientes. Ese postulado, por construcción doctrina, se aplica a cualquier tipo de delitos. Finalmente, el artículo 18 de la Constitución impide todo tipo de tormentos y azotes, y exige que las cárceles sean “para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella”, humanitaria y adelantada directriz sentada ya en el texto de 1853/60. El mismo artículo añade que toda medida que so pretexto de precaución tienda a mortificar a los detenidos más allá de lo necesario, hará responsable al juez que la autorice.

IX. GARANTÍAS ESPECÍFICAS RESPECTO DE LA REGLAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS

El artículo 28 de la Constitución contiene una norma aparentemente secundaria, cuando indica que los principios, declaraciones y derechos reconocidos en sus anteriores artículos, “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Para Juan B. Alberdi, y con razón, esta regla era vital para el éxito de la Constitución.²⁸¹ El artículo 14 puntualiza que los derechos se ejercen “conforme las leyes que reglamenten su ejercicio”, con base en lo cual la jurisprudencia de la Corte Suprema ha puntualizado infinitas veces que “no hay derechos absolutos”.²⁸² El artículo 28 tiende a evitar que esa reglamentación perjudique o tergiverse al derecho en juego. Si no existiere

281 *Cfr.* Alberdi, Juan Bautista, *op. cit.*, nota 45, capítulo XXXIII. El autor puntualizó como “modelo del fraude en la libertad” a la entonces constitución de Bolivia, que a través de leyes orgánicas reglamentarias, permitía alterar los derechos constitucionales básicos.

282 CSJN, *Fallos*, 304:319 “De Stoll”, y 304:1293, Ascencio”.

tal recaudo, la suerte de los derechos dependería de la voluntad discrecional del Congreso y del presidente.

La reglamentación de los derechos perfila en Argentina el llamado “poder de policía”.²⁸³ Dicho poder de policía tiene una “dimensión permitida” (puede limitar al derecho, acarreándole algunas restricciones) y otra “dimensión prohibida” (no lo puede desnaturalizar, desvirtuar o impedir).²⁸⁴

Toca al Poder Judicial, en última instancia, dirimir si el Congreso o el presidente se han mantenido en la dimensión permitida, o si ingresaron en la prohibida, cuando han reglamentado un derecho. Eso genera el llamado “test judicial de razonabilidad”, que es triple: de razonabilidad *normativa* (la reglamentación debe respetar las reglas constitucionales vigentes), razonabilidad *técnica* (la norma reglamentaria debe establecer medios sensatos para alcanzar los fines que persigue, motivo por el cual son, por ejemplo, inconstitucionales las reglamentaciones absurdas, y las opuestas a las metas que se intentan lograr), y de razonabilidad *axiológica* (no son constitucionalmente aceptables las regulaciones de un derecho inequitativas, inicuas o caprichosas).²⁸⁵

Al practicar el test de razonabilidad, los jueces no deben olvidar que si la Constitución admite varias alternativas posibles de regulación, respecto de un derecho constitucional, escoger una u otra de ellas es una cuestión política no justiciable, reservada especialmente al Congreso.²⁸⁶ Los magistrados, en efecto, no deben indicar cuál es la mejor receta regulatoria: solamente deben declarar inconstitucionales las soluciones reglamentarias que alteran, perjudican o desvirtúan al derecho o garantía del caso.

El artículo 29 añade otra importante nota en materia de regulación de derechos. Indica que el Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, “facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna”. La norma concluye en que actos de esa naturaleza llevan consigo una nulidad

283 CSJN, *Fallos*, 258:322, “Suñé”.

284 CSJN, *Fallos*, 156:290, “Berraz Montín”; 294:434, “Vda. De Marino”.

285 Véase por ejemplo CSJN, *Fallos*, 308:418, “Banco Vicente López”; 307:326, “Nordensthol”; 304:1259, “Coutinho”, entre otros.

286 CSJN, *Fallos*, 311:1565, “Vega”; 247:121, “Cine Callao”.

insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

Este precepto, escrito con la sangre de muchos argentinos, tiene como trágico antecedente la delegación de facultades extraordinarias otorgada por la Legislatura de la provincia de Buenos Aires a Juan M. de Rosas (aunque también se realizó ocasionalmente a otros jefes de Estado de esa Provincia), circunstancia que acrecentó un poder despótico que los constituyentes quisieron que no se repitiera jamás. Algunos juristas estiman que es una cláusula pétrea de la ley suprema, por lo que la norma procura operar como un antídoto constitucional contra la tiranía.

X. SOBERANÍA

La voz “soberanía” puede entenderse en varios sentidos. Uno es el de soberanía “del” Estado, y alude a la potestad suprema del cuerpo político, de no reconocer superior sobre sí. Otra, es el de soberanía “en” el Estado, y refiere a quién, dentro del cuerpo político supremo, ostenta el poder máximo.²⁸⁷

a) Soberanía “del” Estado. Diferiendo de otras Constituciones de la época, que proclamaban al Estado del caso como soberano, libre o independiente, la Argentina de 1853/60 no lo hizo. Sin embargo, el artículo 31 declara a la Constitución y las leyes y tratados dictados en su consecuencia, “la ley *suprema* de la nación”. Hay, además, una “Corte *Suprema* de Justicia” (artículo 108). La reforma de 1994 (cláusula transitoria primera) encaró más directamente el tema y dijo que “La nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible *soberanía* sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur...” añadiendo más tarde que “La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno *de la soberanía*, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”.

Puede concluirse, entonces, que el principio de soberanía “del” Estado está inscrito en la Constitución nacional, pero con ciertas salvedades. Como lo señala la referida cláusula transitoria primera, la soberanía ar-

²⁸⁷ Sobre el deslinde entre soberanía “del” Estado y “en el Estado”, *cfr.* Ros, Clemente B., *Derecho político. Teoría del Estado*, 2a. ed., Buenos Aires, Sanná, 1953, t. 1, pp. 177 y 178.

gentina debe ejercitarse “conforme a los principios del derecho internacional”, coincidiendo así tal regla con el artículo 118 de la Constitución, que habla y admite expresamente al “derecho de gentes”.

En ambos casos, pues, se acepta al derecho internacional, sin distinguir entre el formal y el consuetudinario, ni entre sus reglas de *jus cogens* (derecho internacional imperativo) o las comunes. En otras palabras, la soberanía nacional “del” Estado argentino se encuentra jurídicamente sometida, según la misma Constitución, al derecho internacional, lo que implica significativos recortes a lo que ese Estado puede hacer (o no hacer), y en lo que hace al cumplimiento de sus obligaciones internacionales (piénsese, por ejemplo, en la renuncia al derecho de la guerra, según la Carta de la ONU; o a la imposibilidad, salvo excepciones, de poder alegar reglas del derecho interno, entre las que cabe sumar a las constitucionales, para eximirse del cumplimiento de un pacto, a tenor de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

A lo expuesto cabe sumar que el artículo 75, inciso 24 de la Constitución permite que el Estado argentino celebre 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. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”. Esta regla facilita (bajo los requisitos de forma que el inciso después describe), la “transferencia de competencias” nacionales (aun de las propias de una nación soberana) a las referidas organizaciones supraestatales, como es, *v. gr.*, el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que puede revisar sentencias de la Corte Suprema argentina y reputarlas inválidas (artículos 63 y 68 del Pacto de San José de Costa Rica).

En definitiva, la soberanía “del” Estado argentino, a la luz de su misma Constitución, se la debe conceptuar como relativa, y sometida al derecho internacional.

b) Soberanía “en el” Estado. Sobre este tema hay dos normas constitucionales precisas. El artículo 33, cuando habla de los derechos no enumerados, se refiere al “principio de la soberanía del pueblo”. A su turno, el artículo 38, con referencia a los derechos políticos, habla del “principio de la soberanía popular”.

La conclusión más elemental es que, coincidiendo con la tesis democrática (la reforma constitucional de 1994 habló “del sistema democrático”, en su artículo 38, y de “los valores democráticos” en el artículo 75,

inciso 19; el texto de 1853/60, en cambio, no mencionaba a la democracia, aunque sí al régimen republicano, en su artículo 1o.), rige en Argentina en el punto que abordamos, la tesis de la soberanía popular. El pueblo resulta, de tal modo, la figura política más relevante y suprema.

El problema es que, dentro de la teoría política, existen al menos dos versiones de la soberanía popular. Una, inspirada en Juan Jacobo Rousseau, estima que el poder soberano reside dividido en cada uno de los integrantes del pueblo, de tal manera, ejemplifica, que si un Estado cuenta con diez mil habitantes, cada uno es propietario de una diezmilésima parte de su soberanía. La otra tesis (llamada más precisamente, de la “soberanía nacional”) explica en cambio que la soberanía está, indivisiblemente, en todo el cuerpo de ciudadanos, o sea, en la universalidad de esos ciudadanos. Esta posición habría sido la triunfante durante la revolución francesa, al decir de Carré de Malberg, y se retrata en el artículo 3o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, a más de proyectarse en la doctrina del Estado como la nación jurídicamente organizada.²⁸⁸ La distinción que mencionamos no es solamente teórica, sino práctica, ya que —por ejemplo—, de seguirse la tesis de la soberanía nacional, ello pudo traducirse históricamente en el sufragio calificado y en la restricción de los derechos políticos a parte de la comunidad, distinguiéndose así, *v. gr.*, entre “ciudadanos activos” y “ciudadanos pasivos” (se explica, en tal sentido, que si el derecho a sufragar se asienta no en cada uno, sino en el cuerpo colectivo “nación”, ésta podría negarle a alguno de sus miembros la facultad de votar, y el afectado poco podría reclamar, ya que él no tendría ningún derecho propio y personal a participar en la vida política: solamente lo poseería en la medida en que la nación globalmente considerada, se lo otorgase por la Constitución o por la ley, y del modo en que éstas lo dispongan).

En rigor de verdad, de las actas constituyentes de 1853/60 no es posible detectar con claridad a cuál de las dos versiones señaladas se adherieron los asambleístas, y si es que tuvieron conciencia clara de la confron-

288 Carré de Malberg R., *Teoría general del Estado*, trad. Por José Lion Depetre, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, pp. 876 y ss., 887 y ss., 953. El autor observa que en varios documentos constitucionales franceses, “al situar a la soberanía en la universalidad nacional, los fundadores del derecho público francés la convirtieron en anónima e intangible; al declararla indivisible, la sustrajeron a toda posibilidad de apropiación” (p. 897). El tema es todavía más complejo, porque se proyecta en la posibilidad o no de otorgar mandatos imperativos a los representantes, cosa que niega la teoría de la “soberanía nacional”.

tación entre ambos conceptos. El texto constitucional parece inclinarse a la tesis de la soberanía “nacional”, por la reiterada mención que hace a la palabra “nación” y porque el artículo 44 habla de “diputados de la nación”, refiriéndose a quienes ostentan por antonomasia calidad representativa, por más que sean elegidos “por el pueblo de las provincias”, según el artículo 45. Debe tenerse presente, además, la indirecta admisión del sufragio calificado (en la opinión de Alberdi, padre ideológico de la Constitución), y la inexistencia de mandatos imperativos para los legisladores.

La lectura de las actas de la convención nacional de 1994 tampoco permite llegar a una conclusión definitiva que detecte un cambio con respecto a la textura ideológica de la Constitución que se reformaba, salvo la adopción del régimen electoral universal e igualitario, en el nuevo artículo 37. No queda claro, sin embargo, si ello importaba profesar la tesis de la soberanía popular rousseauiana.

XI. GOBIERNO

La segunda parte de la Constitución se dedica a las “autoridades de la nación”, y organiza, en su título primero, al “gobierno Federal”. El título segundo alude a los “gobiernos de Provincia”.

Dentro del título concerniente al “gobierno Federal”, hay tres secciones. La primera se dedica al Poder Legislativo. La segunda, al Poder Ejecutivo. La tercera, al Poder Judicial. La cuarta, al Ministerio Público (esta última data de la reforma constitucional de 1994).

XII. EL CONGRESO

Respondiendo a la ideología decimonónica vigente al momento de la sanción de la Constitución (la edad de oro de los parlamentos, representantes, al menos idealmente, del titular constitucional del poder, o sea el pueblo), la Constitución describe primero al Poder Legislativo.

1. *Estructura bicameral*

Como es clásico en un estado federal, hay dos cámaras. La de Diputados (artículo 45), también llamada “cámara joven” o “cámara baja”, se

compone de “representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado”, a simple pluralidad de sufragios (véase el apartado: derechos políticos, sistema electoral, acerca de los regímenes electorales ensayados en el país). El número de éstos se determina por ley, conforme al último censo que se practique (artículo 47).

La actual ley 22.847 fija la base representativa en un diputado por cada 161.000 habitantes o fracción no menor a 80.500. Pero cada provincia cuenta con una representación mínima de cinco diputados, hecho que provoca una llamativa distorsión, en favor de las provincias con escasa población. A fines de los años 80, por ejemplo, la provincia de Buenos Aires enviaba un diputado por cada 171.463 habitantes, mientras que la de Santa Cruz lo hacía por cada 31.041. Eso puede reputarse inconstitucional, por discriminatorio, pero está convalidado por un derecho consuetudinario practicado desde hace décadas.

Para ser diputado se requiere (artículo 48) contar con 25 años, tener cuatro de ciudadanía en ejercicio, y haber nacido en la provincia donde es electo, o contar con dos años de residencia inmediata en ella (estos últimos recaudos tuvieron por meta evitar la elección de congresistas llamados “alquilones”, que nada tenían que ver con la provincia por la que eran electos). Duran cuatro años en sus funciones, son reelegibles, y la Sala se renueva cada bienio, por mitades (artículo 50).

El Senado, denominado a veces “cámara alta”, se integra con tres senadores por cada Provincia y tres por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta. Corresponden tres al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga (artículo 54). Por tanto, si una misma lista de senadores es propuesta por dos, tres o más partidos, no cabe sumar los sufragios obtenidos por todos ellos: la Constitución habla de asignación de bancas “al partido”, y no “a los partidos”.²⁸⁹

Los senadores duran seis años, son reelegibles también, y la Cámara se renueva por terceras partes de sus miembros, cada dos años. Para ser senador deben tenerse treinta años, ser durante seis años de la nación, y “disfrutar de una renta de dos mil pesos fuertes o de una entrada equiva-

289 Tal es el criterio acertadamente sostenido por la Cámara Nacional Electoral, en el caso “Bravo-Beliz”. Nos hemos referido al problema en Sagüés, Néstor Pedro, “La elección del tercer senador nacional en el derecho constitucional argentino”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 6, 2002, pp. 491 y ss.

lente”, y haber nacido en la provincia que lo elija, o residir en ella dos años anteriores a la elección (artículos 54 y 55). El requisito de los dos mil pesos fuertes (cantidad de difícil cálculo si se la actualizara, ya que proviene de 1853, pero que podría ascender hoy a 3.300 kg. de oro fino), felizmente no es exigida por el derecho consuetudinario constitucional. Si se la aplicase, importaría una cuña oligárquica en el cuerpo constitucional, reñida con una visión contemporánea de lo que es hoy república y democracia.

El Senado es presidido por el vicepresidente de la República, quien solamente vota en caso de empate. También elige el cuerpo a un vicepresidente provisorio (artículos 57 y 58), en la práctica llamado, igualmente, *pro tempore*.

Un tema de interés es el régimen de incompatibilidades de los legisladores, que intenta afianzar la autonomía del Congreso. Entre las reglas explícitas sobre ese tema, figuran (artículo 72) la de recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo, salvo los “de escala” (estos últimos serían los obtenidos en el curso de una carrera administrativa). Concordantemente, el artículo 105 impide a los legisladores desempeñarse como ministros del presidente, Pero en la práctica, el derecho consuetudinario ha admitido, lamentablemente, licencias de legisladores mientras actuaron como ministros del Poder Ejecutivo. Otra interdicción (artículo 73) es la de ser legislador y al mismo tiempo eclesiástico regular (son los integrantes de órdenes que prestan voto de obediencia a sus superiores, cosa que comprometería su independencia legislativa).

Tampoco pueden ser legisladores los gobernadores de provincia, “por la de su mando” (artículo 73, según el derecho consuetudinario, tampoco por la de una provincia distinta). Consuetudinariamente, también, no son legisladores ni el presidente ni el vicepresidente de la nación. Alguna ley, como la 22.292, ha declarado también incompatible el cargo de congresista con el ejercicio como abogado en la jurisdicción nacional.

2. La Asamblea Legislativa

La Asamblea Legislativa, o reunión conjunta de ambas cámaras, está prevista por el artículo 93 de la Constitución, para tomar juramento al presidente y vicepresidente de la nación, y para oír al presidente en oca-

sión de la inauguración del año legislativo (artículo 99, inciso 8). Por derecho consuetudinario, y aunque la Constitución no lo exija terminantemente así, también opera para admitir o desechar los motivos de la renuncia del presidente o vicepresidente y declarar el caso de proceder a una nueva elección (artículo 75, inciso 21), y para determinar qué funcionario público ha de desempeñar la presidencia en los casos de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo (artículo 88). Esa decisión, tomada en asamblea, fue exigida por la ley de acefalía 20.972.

3. *Funcionamiento. Garantías*

El periodo de ordinario sesiones del Congreso, que inicialmente era sólo de cinco meses, fue ampliado por la reforma de 1994 desde el 1o. de marzo hasta el 30 de noviembre (artículo 63). Este mismo artículo prevé sesiones de prórroga y extraordinarias, siempre que fueren convocadas por el presidente de la nación. De acuerdo con el derecho consuetudinario, en las primeras puede tratarse cualquier tema; en las segundas, únicamente los puntos por los que fueron citadas las Cámaras por el presidente. Los reglamentos de las Cámaras han contemplado también la existencia de sesiones preparatorias a cada periodo, generalmente destinada a incorporar miembros y elegir autoridades internas, según los reglamentos que cada una de ellas está habilitada para sancionar (artículo 66 de la Constitución).

Según el artículo 65, funcionan las dos Salas simultáneamente, y ninguna puede suspender sus sesiones por más de tres días sin la autorización de la otra (este recaudo tampoco se cumple, según el derecho consuetudinario; además, no hay en la Constitución sanciones si no se respeta la norma).

El derecho constitucional parlamentario argentino cuenta con un instituto particular, que es el llamado “derecho a compeler”. El artículo 64 *in fine* de la Constitución, en efecto, señala 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 establezca. Los reglamentos de cada Sala contienen normas al respecto, aunque de hecho no

se aplican. Sin embargo, en 1880, 37 miembros de la Cámara de Diputados citaron al resto a sesionar en la localidad de Belgrano, y al no concurrir, esa minoría resolvió la cesantía de la mayoría ausente. Entre los removidos figuró el padre ideológico de la Constitución, el entonces diputado Juan B. Alberdi. Naturalmente, esas destituciones fueron de dudosa constitucionalidad.²⁹⁰

Para asegurar el exitoso funcionamiento del Congreso, la Constitución incluye diversas facultades y prerrogativas. Algunas de ellas son individuales, concernientes al sueldo de los parlamentarios (artículo 74), su inmunidad de opinión (no pueden ser acusados, interrogados judicialmente, ni “molestados”, dice el artículo 68 de la Constitución, por las opiniones o discursos que emitan como legisladores; este privilegio ha sido visto como amplio y absoluto por la Corte Suprema: *v. gr.*, caso “Cossio”, “La Ley” 2004-D-65), o su libertad, ya que tampoco pueden ser arrestados, salvo que sean sorprendidos *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca “pena de muerte, infamante u otra aflictiva” (artículo 69).

También pone trabas la Constitución al encausamiento penal de los congresistas: cuando se inicia un proceso de tal tipo, la cámara pertinente, evaluando el mérito del sumario, podrá suspenderlo con los dos tercios de votos, y ponerlo a disposición de juez respectivo (artículo 70).

Esta última decisión se denomina en la práctica “desafuero”. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, en el caso “Balbín”, es una medida “política”, y que cuando se autoriza por un hecho o proceso, permite que el legislador sea también proceso por otras razones en otros sumarios judiciales.²⁹¹ Si es absuelto por la justicia, el legislador se reintegra sin más a la Cámara. Si es condenado, la sentencia judicial importa automáticamente la destitución del legislador “desaforado”.

La pérdida de representatividad del Congreso, en el marco de las realidades, sumado a graves acusaciones acerca del honesto desempeño de alguno de sus integrantes (en particular, en el Senado), explica una paulatina reducción de las prerrogativas de los legisladores (y por extensión, del presidente, sus ministros, el vicepresidente y jueces), auspiciada por

290 En tal oportunidad, 37 diputados depusieron a 41. *Cfr.* Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 94, p. 507; Longhi, Luis R., *op. cit.*, nota 3, p. 616; Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, t. 9, p. 288, nota 475.

291 CSJN, *Fallos*, 217:122, “Balbín”.

una fuerte tendencia social de tornarlos más responsables. El dictado de la reciente ley 25.320, que en realidad consume una suerte de interpretación mutativa por sustracción de la Constitución, provoca ahora que puedan abrirse procesos penales contra tales autoridades hasta tanto no se afecte físicamente la libertad de ellos. La ley dispone (artículo 1o.) que incluso el llamado a prestar declaración indagatoria no se reputa medida restrictiva de la libertad, pero que si el citado se opone a concurrir, el tribunal del caso deberá solicitar a quien corresponda su desafuero, remoción o juicio político. Si se tratara de un congresista, la comisión de asuntos constitucionales de la Cámara pertinente debe emitir dictamen dentro de los 60 días, y la Sala tendrá que expedirse dentro de los 180 de ingresada aquella solicitud (artículo 2o., ley 25.320).

Como garantías corporativas de cada Cámara, la Constitución establece que son jueces de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros, en cuanto su validez (artículo 64). Últimamente se ha discutido si puede negarse el acceso al Congreso a un legislador electo, por razones de ética o de previa infracción a reglas disciplinarias previstas por la Cámara. La Corte Suprema, en el conocido caso “Bussi”, ha entendido que tal decisión es judicial, vale decir, que puede ser revisada por el Poder Judicial.²⁹²

A su turno, el artículo 70 de la Constitución contempla la atribución disciplinaria de cada Sala, de corregir a sus miembros, con dos tercios de votos, por “desorden de conducta”; de removerlos, por “inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación”, y de excluirlos del cuerpo (no indica por qué motivos: se supone que será por causales semejantes a las ya citadas, para corregir o remover, suficientemente graves).

Por mayoría absoluta (uno sobre la mitad de los presentes) puede cada Cámara aceptar las renunciaciones de los legisladores (artículo 66).

Los reglamentos de cada Cámara han previsto, asimismo, que puedan imponer sanciones disciplinarias a sujetos ajenos al cuerpo, incluyendo su prisión transitoria. En “Peláez”,²⁹³ la Corte Suprema reconoció que ello podría aceptarse, dentro de la doctrina de los “poderes implícitos” de los tres poderes del Estado (que, aclaramos, son para la Corte los necesarios para motorizar los explícitos o enumerados de cada órgano del Estado, y es una teoría de origen doctrinario y jurisprudencial), pero advirtió

292 CSJN, *Fallos*, 324:3358, “Bussi”.

293 CSJN, “El Derecho” 166-91, “Peláez”.

que para que una Cámara arreste, correspondía acreditar que el sujeto castigado hubiese intentado obstruir o perturbar la actuación de la Cámara, cosa que no ocurría si el acusado solamente había proferido por escrito términos lesivos a unos legisladores (tal conducta, en cambio, sí podía investigarse en sede judicial).

Entre las competencias cada una de las Salas del Congreso figuran los requerimientos a los ministros del Poder Ejecutivo, “para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes” (artículo 71), y que en la práctica se llaman “interpelaciones”. La reforma de 1994 añadió que el jefe de Gabinete de Ministros debe informar una vez por mes, alternativamente a cada Cámara, para informar de la marcha del gobierno, y que puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, e incluso ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de dichas Salas.

Los reglamentos de las Cámaras han normado la creación de comisiones investigadoras, tanto para particulares como respecto de los demás poderes, aunque ocasionalmente el Poder Ejecutivo les ha negado competencias para inquirir sobre las actividades propias de la Presidencia.²⁹⁴ Algunos fallos han entendido que estas comisiones están autorizadas tácitamente por el artículo 75, inciso 32, de la Constitución,²⁹⁵ y se encuentran refrendadas ya por el derecho consuetudinario.

4. *El proceso legislativo*

La reforma constitucional de 1994 simplificó y lubricó el trámite legisferante. La iniciativa de una ley puede corresponder a cualquier legislador o al Poder Ejecutivo. Los particulares podrán presentar proyectos de ley, con base en el derecho de peticionar a las autoridades (artículo 14), pero si un legislador no recoge tal solicitud, ella permanece congelada. Una excepción la constituye la iniciativa popular de leyes, según el artículo 38 de la Constitución, que ya hemos visto (apartado de derechos

²⁹⁴ Cfr. Bidegain, Carlos M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, t. IV, p. 68, quien recuerda que en 1975 el Poder Ejecutivo se opuso a la actuación de una comisión investigadora del Congreso, sobre los fondos del ministerio de Bienestar Social y la “Cruzada de la solidaridad”.

²⁹⁵ Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo, en “El Derecho” 66-335, caso “Cruzada de la Solidaridad”.

políticos, participación política. Iniciativa popular y consulta popular), que de todos modos no se realiza individualmente, sino por un grupo considerable de personas.

En principio, los proyectos de ley pueden presentarse ante cualquier cámara, pero hay excepciones: la de diputados, por ejemplo, tiene iniciativa en materia de contribuciones y reclutamiento de tropas (artículo 52), precisamente por encarnar esa Sala, al menos teóricamente, la representación del pueblo; el Senado lo tiene en la ley de acuerdos entre la nación y provincias, en materia de coparticipación (artículo 75, inciso 2), y sobre las de crecimiento armónico, población del territorio y políticas diferenciada para equilibrar el desigual desarrollo de provincias y regiones (artículo 75, inciso 19). Es un homenaje al Senado como órgano de la representación popular.

Aprobada una iniciativa de ley por la cámara “de origen”, logra así “media sanción”, según la denominación usual. De allí pasa a la cámara “revisora”; y de ser asimismo aprobado, obtiene “sanción”, pasando después al Poder Ejecutivo, que si no la veta, lo aprueba (expresamente, o de modo tácito, si guarda silencio durante diez días hábiles). Posteriormente, viene la promulgación, de modo explícito (por decreto presidencial) o por la llamada “promulgación de hecho”, una creación del derecho consuetudinario que ocurre cuando la ley es directamente publicada en el *Boletín Oficial*, sin decreto promulgatorio.

La Constitución exige que el presidente publique las leyes (artículo 99, inciso 3), una norma producto de la reforma de 1994, seguramente para concluir con la indebida práctica de las leyes secretas (que superan en Argentina el centenar, y que provienen tanto de gobiernos *de jure* como *de facto*). Para justificar estas leyes secretas, curiosamente reputadas constitucionales por la Corte Suprema no obstante su incompatibilidad con el principio republicano declarado en el artículo 1o. de la Constitución, tuvo que inventarse el régimen de sesiones secretas, y un rosario de inconstitucionalidades como el pase secreto de una Cámara del Congreso a la otra, la división entre los conceptos de promulgar y publicar, la promulgación secreta de leyes, etcétera. Para los defensores de estas leyes, ellas están incluso exentas de control de constitucionalidad, al ser, al menos en principio, incognoscibles para el Poder Judicial.²⁹⁶

²⁹⁶ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Las leyes secretas*, Buenos Aires, Depalma, 1978, *passim*, adonde nos remitimos.

De haber oposición entre las Cámaras, en cuanto el contenido de una iniciativa de ley, el artículo 81 determina un sistema de pases entre una Sala y otra, con cierta prevalencia a favor del despacho de la cámara de origen. La reforma constitucional de 1994 rechazó la aprobación tácita o ficta de leyes (artículo 82), aunque admitió que luego de aprobarse por cada Sala un proyecto de ley en general, pudiera derivarse a comisiones la aprobación en particular del mismo, con ciertos recaudos en cuanto las mayorías (artículo 79).

El presidente puede vetar, de modo total o parcial un proyecto de ley (el veto parcial, y la promulgación parcial, se autorizan después de 1994 si el texto observado tiene autonomía normativa respecto del no observado, y si la aprobación parcial “no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso” (artículo 80). Para superar el veto, el Congreso debe hacerlo, comenzando por la cámara de origen y continuando por la revisora, con los dos tercios de votos. Las votaciones serán nominales y se publican en la prensa (artículo 83).

Para completar este panorama, debe agregarse que distintas leyes (*v. gr.*, 13.640, 23.821, 23.992), han fijado términos de caducidad para los proyectos legislativos, si los mismos no son aprobados dentro de determinados plazos, y distinguen según la iniciativa haya tenido o no aprobación en una Cámara. Ciertos temas han quedado exentos de esos periodos de caducidad (proyectos de códigos y de tratados internacionales, *v. gr.*). La Constitución nada dice al respecto. Sin embargo, tales leyes, que por cierto son prácticas, han sido respetadas y tienen apoyo ya en el derecho consuetudinario constitucional.

Es del caso recordar que la reforma de 1994 determinó que ciertas leyes debían dictarse con una mayoría calificada de votos en cada Cámara: por ejemplo, la reglamentaria del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento (artículos 114 y 115), las que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos (artículo 77), la relativa a la comisión bicameral permanente (artículo 99, inciso 3), las concernientes a iniciativa popular de leyes y consultas populares (artículos 39 y 40). En todos estos casos, que la constituyente estimó delicados e importantes, el propósito de tal exigencia fue que se sancionaran con un consenso apreciable, fruto de coincidencias y acuerdos, y evitar que se aprobaran por un grupo parlamentario contingente o con escasa representatividad. Se trata de “leyes reforzadas”, que en ciertos casos quedan programadas así porque el constituyente no logró obtener en la convención los votos para

arribar a una solución, y por ello transfiriere al poder constituido ordinario la tarea posterior de terminar con la empresa constituyente.²⁹⁷

XIII. EL PODER EJECUTIVO

En el capítulo XXV de las célebres *Bases*, Juan B. Alberdi, autor intelectual de la Constitución de 1853, sostiene tres ideas-fuerza que van a alimentar al texto constitucional: *a)* de la formación del Poder Ejecutivo, “depende la suerte de los Estados Unidos de la América del Sur”; *b)* es necesario “un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía lo desobedece como presidente republicano”; *c)* “dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dád-selo por medio de una Constitución”.²⁹⁸ Allí están pues las raíces de la hipertrofia del Poder Ejecutivo argentino, y del frecuente cesarismo presidencial, engrosados en el plano existencial por la abdicación de competencias y de vez en cuando el espíritu de pleitesía de parte del Congreso; la necesidad de adoptar medias urgentes, en particular frente a estados de necesidad, para lo cual el Congreso resultaba tardío e inoperante; y el fuerte liderazgo de algunos presidentes, exacerbado por la demagogia y el populismo.

El “presidente de la nación Argentina” (tal es su título constitucional, según el artículo 87), desempeña el Poder Ejecutivo (artículo 87), es el “jefe Supremo de la nación” según el artículo 99, inciso 1, y, para hablar en términos de derecho penal, en concurso real también el “jefe de gobierno” (artículo 99, inciso 1), el “responsable político de la administración general del país” (artículo 99, inciso 1), y el “Comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la nación” (artículo 99, inciso 12). En la práctica, ha sido con frecuencia presidente del partido gobernante. A menudo se lo llama “primer magistrado”, y “jefe de Estado”.

Se discute en Argentina si el Poder Ejecutivo es unipersonal o colegiado. El artículo constitucional 87 conduce a la primera tesis: dice que el Poder Ejecutivo lo desempeña el presidente. La necesidad de contar con el refrendo de un ministro para a que sus actos sean válidos (según el artículo 100), afirma la segunda.

²⁹⁷ Sobre las “leyes reforzadas” y sus subtipos, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 219, pp. 360 y ss.

²⁹⁸ Alberdi, Juan Bautista, *Bases*, *op. cit.*, nota 45, capítulo XXV, pp. 103 y ss.

1. *Condiciones. Elección*

El artículo 89 de la Constitución exige que haya nacido en el territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero, y los demás recaudos para ser senador. La posibilidad de haber nacido en el exterior, es un homenaje a los muchos exiliados durante el régimen dictatorial de Juan Manuel de Rosas, poco antes de dictarse la Constitución. El texto constitucional original de 1853/60 exigía, asimismo, pertenecer al culto católico apostólico romano, un requisito explicable porque el presidente ejercía el patronato, en la designación de los obispos católicos. Al haberse suprimido esa competencia en la reforma de 1994, y atento también la evolución habida en las creencias sociales, que demandan un mayor pluralismo y neutralidad religiosa, se abolió tal requerimiento

La elección del presidente se debe verificar dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio (artículo 95, sancionado en la reforma de 1994, pero incumplido en los últimos comicios de 2003). También esa enmienda modificó el sistema de la elección, antes confiada a colegios electorales (electos a su vez por el pueblo o cuerpo electoral), que se reunían en cada provincia y en la capital federal, y cuyos sufragios eran remitidos al Congreso nacional, quien realizaba el escrutinio definitivo, y en su caso, dirimía la votación de no haber mayoría absoluta en los nominados por aquellos colegios.

El nuevo régimen postuló la elección directa del presidente y vicepresidente, constituyendo el territorio nacional un distrito único (artículo 94). La reforma se propuso simplificar la elección del jefe de Estado, lograr que la sociedad conociese de inmediato el resultado definitivo de las elecciones y otorgar un mayor protagonismo al pueblo, evitando la gestión de los intermediarios colegios electorales, denominados por el miembro informante del despacho mayoritario en la asamblea constituyente de 1994, “clubes de notables”.²⁹⁹ La enmienda perjudicó a las provincias con poca población. Sus votos, ahora, se sumergen en una única bolsa o colegio electoral. Antes, operando con el sistema de sobrerrepresentación de las provincias con escasos habitantes, que todavía rige en la cámara de diputados (véase el apartado: el Congreso, estructura bicameral), esos distritos tenían un relativo mayor protagonismo. Pero ahora,

299 Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, p. 2214.

por otro lado, el voto del ciudadano de una provincia vale igual que al de otro comprovinciano, esté donde esté, en la elección presidencial.

El actual dispositivo (artículos 96 y 97) contempla la elección del presidente y vicepresidente en una sola vuelta, si la fórmula del caso obtiene más del 45% de los “votos afirmativos válidamente emitidos” (no se computan en tal cálculo los votos en blanco y los anulados). De no ser así, la Constitución programa una segunda vuelta (o ballottage), salvo que la primera fórmula hubiese logrado un 40% de los referidos votos, y que entre la primera y la segunda fórmula más votadas hubiera una diferencia mayor de diez puntos porcentuales. Conforme a esto, si por vía de hipótesis una fórmula obtiene el 42% de aquellos votos, y la segunda el 30% (encontrándose el resto de los sufragios repartido entre otras fórmulas menores), no habría segunda vuelta. Las explicaciones de esta alquimia electoral se encuentran, de hecho, en los acuerdos internos habidos entre los dos partidos mayoritarios cuando se realizó la reforma constitucional de 1994 y traducidos en el famoso “Pacto de Olivos” (véase el apartado: reforma constitucional de 1994).

La versión oficial de la reforma, según las palabras del miembro informante del despacho mayoritario, fue conferir a la fórmula triunfante mayor peso político y respaldo de la ciudadanía, máxime previendo que el el futuro el país podía adoptar una configuración menos bipartidista que la entonces predominante.³⁰⁰

El código nacional electoral, regulando el dispositivo constitucional, ha contemplado los casos de que una fórmula no confirme su participación para presentarse a una segunda vuelta, y de muerte o renuncia de alguno de los candidatos entre la primera y la segunda vuelta (artículos 150 y siguientes).

Presidente y vicepresidente deben ser proclamados a tenor de los artículos 97 y 98 de la Constitución, que no indican por quién. Según los artículos 120/2 y 153/5 del código electoral, el sujeto en cuestión es el Congreso, y en concreto, la Asamblea Legislativa. No está previsto en la ley suprema qué ocurre si esa proclamación no se verifica, lo que implica una seria imprevisión constitucional.

Sí incluye la Constitución reglas respecto del juramento presidencial (al que la reforma de 1994 corrigió, determinando que se prestará respetando las convicciones religiosas del presidente), normas concernientes a

300 *Ibidem*, p. 2215.

su remuneración: no podrá ser alterada en el periodo de su mandato, y prescripciones sobre incompatibilidades (no podrá tener otro empleo, ni recibir otros emolumentos de la nación o de las provincias: artículos 91 y 92).

2. *Periodo presidencial. Reelección. Acefalías*

Se trata de dos temas muy vinculados entre sí. El esquema constitucional original de 1853/60 fue diseñar un periodo presidencial más bien largo (seis años), e impedir la reelección inmediata (el interesado debía dejar un periodo de seis años en blanco, o hueco, antes de poder postularse nuevamente). En 1994 se sustituyó tal mecanismo por el siguiente: fija un tramo presidencial de cuatro años, con la posibilidad de una reelección inmediata. Para una tercera postulación, es necesario asimismo dejar otro periodo en blanco. Dicho de otro modo, no son jurídicamente viables tres periodos consecutivos.

El argumento dado por el miembro informante del despacho mayoritario en la convención constituyente para justificar el tan debatido cambio fue que ésa era la práctica en los países más desarrollados, especialmente Estados Unidos.³⁰¹ En los hechos, fue un reclamo tradicional del partido justicialista.

Digamos también que el actual artículo 90 regula la reelección “cruzada” (de presidente a vice, y de vice a presidente), de modo análogo a la reelección simple o directa, y con las mismas prohibiciones.

El periodo presidencial no se amplía por ningún motivo, por más que el presidente haya sufrido interrupciones en el ejercicio de su mandato (artículo 91).

Teóricamente, el periodo tampoco puede reducirse. Durante el mismo, el presidente es sustituido por el vicepresidente de la nación, en los supuestos de enfermedad, ausencia de la capital federal, muerte, renuncia o destitución. Si ello ocurre también con el vicepresidente, el Congreso determina qué funcionario público ha de desempeñar la presidencia, “hasta que haya cesado la causal de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo” (artículo 88).

La Constitución permite entonces que el Congreso, caso por caso, nombre al presidente “completante” del periodo del caso, pero no impide

301 *Ibidem*, pp. 2213 y 2214.

que el mismo Congreso sancione una ley permanente de acefalía que regule ese proceso, cosa que hizo ya en el siglo XIX (ley 252) en el XX (ley 20.972) y en el XXI (ley 25.716, modificatoria de la anterior). Según el actual régimen, producida la doble acefalía, asume a cargo del Poder Ejecutivo el presidente provisorio del Senado, el presidente de la Cámara de Diputados, el de la Corte Suprema, en ese orden. Debe convocarse por quien ejerza la presidencia del Senado a una asamblea legislativa dentro de las 48 horas posteriores a haberse producido la doble acefalía, y de no lograrse el quórum legal, se reunirá nuevamente a las 48 horas, constituyéndose en tal caso con la simple mayoría de los miembros de cada Cámara. Son elegibles como presidente “completante”, según lo llamamos, quien sea senador o diputado nacional o gobernador de provincia. La ley disciplina también las mayorías exigibles en la votación. Agrega la nueva ley que si hubiere ya un presidente y vicepresidentes electos popularmente, ellos asumirán los cargos acéfalos. A fines de 2001, y por sucesivas renunciaciones, hubo en quince días cinco personas a cargo del Poder Ejecutivo nacional.

En dos oportunidades (1989 y 2003) el periodo presidencial fue reducido o recortado, en el sentido que el presidente “completante” no actuó hasta cubrir todo el periodo del presidente que había renunciado. Antes que lo terminara, asumió (con el consenso de casi todos, en particular de los factores de poder más significativos) un nuevo presidente electo por el pueblo, quien por ende adelantó su toma de posesión. Es por ello que —más allá de su acierto o error intrínseco— quizá ya exista definida una regla de derecho consuetudinario constitucional argentino, en el sentido que el periodo presidencial es de cuatro años, pero puede acortarse si graves crisis económicas o políticas provocan la dimisión del presidente titular, y en su caso, también la del vicepresidente.

3. *El vicepresidente*

Es elegido y dura en condiciones similares a la del presidente (artículo 93 y siguientes). En varias oportunidades (como no hace mucho, durante la primera presidencia de Carlos S. Menem y la de Fernando de la Rúa), producida una vacancia del vicepresidente, no se llamó a elecciones para reemplazarlo, con lo que dicho puesto permaneció vacío. Sus funciones son básicamente dos: reemplazar transitoria o definitivamente al presi-

dente, y operar como presidente del Senado, sin voto salvo el caso de empate (artículo 57).

4. *Los ministros y el jefe de Gabinete de Ministros*

El artículo 100 declara que “el despacho de los negocios de la nación” está a cargo de los ministros secretarios, que refrendan y legalizan los actos del presidente con su firma, sin cuyo requisito carecen de validez. El número de ellos se determina por ley (por ejemplo diez: véase ley 25.233).

Los ministros y el jefe de Gabinete son nombrados y removidos por el presidente (también, por el Congreso, mediante el juicio político del artículo 53 de la Constitución). El jefe de Gabinete de Ministros también es removible por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras (artículo 100). Cada ministro es responsable de los actos que legaliza, y solidariamente, de los que acuerda con sus colegas (artículo 102). La doble vía de eventual exclusión del jefe de Gabinete (por el presidente y por el Congreso), es una herencia histórica del llamado “parlamentarismo orleanista”).

La figura del “jefe de Gabinete de Ministros” es una enmienda introducida por la reforma constitucional de 1994. Según el miembro informante del despacho mayoritario, respondió primero a la necesidad de moderar la hipertrofia presidencial, dejándole “ejercer la administración general del país”, como dice el artículo 100, inciso 1, de la Constitución, encomendándole la recaudación de las rentas de la nación y la ejecución del presupuesto (artículo 100, inciso 7), o el nombramiento de los empleados de la administración, salvo los que correspondan al jefe de Estado (artículo 100, inciso 3), mas las otras funciones que le delegue el presidente, sin perjuicio, también, de coordinar y convocar las reuniones del Gabinete, presidiéndolas en caso de ausencia del titular del Poder Ejecutivo (artículo 100, inciso 5).

Eso, desde el punto de vista técnico. Desde el ángulo político, se pensó en el jefe de Gabinete en un doble sentido: como “fusible” ante eventuales crisis político-económicas, en cuyo caso, su remoción podría evitar la caída del presidente de la nación; y como “puente”³⁰² entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, a raíz de sus visitas e informes al Poder Legis-

302 *Ibidem*, pp. 2211 a 2213.

lativo, su posibilidad de intervenir en los debates según el artículo 100, inciso 9, producir las explicaciones verbales o escritas que las cámaras solicitaren al Poder Ejecutivo, a tenor del artículo 100, inciso 11, responder las interpelaciones (artículo 101), etcétera. También se lo divisó por algunos como una suerte de contralor del presidente, ya que su firma era imprescindible para emitir los decretos por delegación legislativa, y los decretos de necesidad y urgencia (artículo 100, incisos 12 y 13). De alguna manera, el jefe de Gabinete se convirtió así en un requisito para autorizar la reforma constitucional de 1994, y en particular, la reelección presidencial (ésta se admitía, pero achicando el periodo presidencial y sometiendo al jefe de Estado a un recorte de sus competencias y a cierta fiscalización por parte del jefe de Gabinete).

El jefe de Gabinete de Ministros de Argentina, similar en sus trazos más importantes al “presidente del Consejo de Ministros” del Perú, ha tenido igual ocaso jurídico-político que este último. A poco de producirse la reforma constitucional de 1994, una abundante literatura procedente de, en su mayor parte, el derecho administrativo, *jibarizó* al jefe de Gabinete. En efecto, se entendió que como el presidente de la nación, aun después de la reforma, seguía siendo “jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país” (artículo 99, inciso 1, de la Constitución), por lo que podría darle instrucciones (vale decir, órdenes) al jefe de Gabinete, y asimismo avocarse a los asuntos que quisiera (salvo aquellos que la Constitución hubiese encomendado en forma exclusiva al jefe de Gabinete) a más de poder retomar los que le hubiera delegado. Para legitimar todo ello, traducido incluso en el decreto presidencial 977/95 que dispuso en su artículo 1o. que el jefe de Gabinete “asiste” al presidente de la nación, se dijo que en materia de la administración de la República, el referido jefe “ejercía” tal trabajo, pero su “titular” continuaba siendo el presidente.³⁰³ Si se suma a ello que el último puede deponer cuando quiera al jefe de Gabinete, pronto se advertirá que el peso político propio de éste es muy escaso, y que en definitiva, no ha servido mucho para operar ni como “fusible” ni como “puente”. Para algunos, ha terminado por convertirse en un mero auxiliar del jefe de Estado, o en un “simple secretario de lujo”, como lo ha llamado Ekmekdjian.³⁰⁴

303 *Cfr.* Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 94, t. I, p. 581.

304 Ekmekdjian, Miguel Ángel, *El Poder Ejecutivo y el gabinete ministerial*, en autores varios, *Reforma constitucional*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, pp. 21 y ss.

En definitiva, se ha operado ya una llamativa mutación constitucional por sustracción de competencias. Es un caso de devaluación institucional que frustra mucho el mensaje del constituyente, todo ello con el consenso de los operadores de la Constitución.

5. Decisiones presidenciales. Decretos y otras normas

La Constitución se ha ocupado de la emisión de las decisiones presidenciales, regulando de algún modo los decretos que produce.

Así, el artículo 99, inciso 2, norma los decretos reglamentarios, y establece que el presidente expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la nación, “cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”. El inciso 3 del mismo artículo se detiene en los cada vez más numerosos decretos de necesidad y urgencia. Con mala técnica legislativa, señala primero que el Poder Ejecutivo “en ningún caso” y bajo pena “de nulidad absoluta e insanable” podrá dictar disposiciones de carácter legislativo; para en el renglón siguiente, con la sibilina expresión “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”, autorizar precisamente lo negado antes, vale decir, la expedición de los decretos de necesidad y urgencia (verdaderos decretos leyes), salvo en materia penal, tributaria, electoral o régimen de partidos políticos.

Agrega la Constitución que esos decretos deben adoptarse en acuerdo general de ministros, junto con el jefe de Gabinete, quien personalmente, y dentro de los diez días posteriores, debe comunicarlos a una Comisión Bicameral Permanente del Congreso, la que a su vez elevará su despacho, en otros diez días, al plenario de cada Cámara, para su expreso tratamiento. Una ley especial, con mayoría calificada de votos, deberá regular el trámite y los alcances de la actuación del Congreso.

Dado que tal ley, a doce años de aprobarse el inciso constitucional, no se ha dictado, se configura un lamentable caso de inconstitucionalidad por omisión, y la producción de decretos de necesidad y urgencia sigue incrementándose. De hecho, rigen hasta que no sean derogados por otro decreto, o una ley. Potencialmente, el Poder Ejecutivo podría incluso vetar a la ley derogatoria, con lo que el Congreso necesitaría dos tercios de votos en cada Cámara para superar el veto y mantener la abolición del decreto. En tal escenario, lo único positivo es que el Poder Judicial ha

comenzado a evaluar, como presupuesto de la constitucionalidad de esos decretos, y cuando se los discuta en tribunales, si realmente hay en cada caso una situación de necesidad y urgencia que inicialmente los explique.³⁰⁵

También incluye la Constitución en el artículo 76 a los decretos delegados. Los admite “en materias determinadas de administración o de emergencia pública”, por el plazo que se fije y dentro de las bases de delegación que el Congreso establezca. La cláusula transitoria octava de la reforma de 1994 declaró también que caducaba a los cinco años de la enmienda la anterior legislación delegada, excepto la que se ratificare expresamente. En definitiva, hubo necesidad de sancionar una “ley ómnibus” (bajo el número 25645) que prorrogó por dos años toda la frondosa normatividad que se encontraba en tal situación. Tal prórroga fue ampliada por leyes posteriores que rigen hasta la actualidad.

En síntesis, la aptitud legisferante del presidente, a pesar de las intenciones del constituyente, permanece en buena parte solidificada.

Por último: no menciona expresamente la Constitución a los decretos “autónomos”, que emite el presidente en asuntos que son de su exclusiva competencia, sin abordar competencias del Congreso y sin reglamentar leyes. Algunos los infieren, no obstante, de su condición de jefe del gobierno y responsable político de la administración del país (artículo 99, inciso 1).

Un funcionario autorizado por la Constitución para expedir normas es el jefe de Gabinete de Ministros, a tenor del artículo 100, inciso 2. Según el decreto 977/95 de la Presidencia de la nación, se denominan “decisiones administrativas”.

XIV. LA JUSTICIA

El Poder Judicial federal atraviesa tres momentos en la Constitución argentina. Uno responde al de 1853, donde influyen considerablemente la Constitución de 1826 y la norteamericana, a más del proyecto de José B. Gorostiaga. El segundo, después de la reforma de 1860. El tercero corre a partir de la reforma de 1994. En las dos enmiendas han existido cambios importantes (como en el caso de los otros poderes, no se aborda

305 CSJN, *Fallos*, 322:1726, “Verrocchi”.

aquí el tramo de 1949 a 1956, al haberse derogado en este último año a la Constitución de 1949).³⁰⁶

1. *Reglas de organización*

La Constitución contempla actualmente (artículo 108) una Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales inferiores que el Congreso establezca en el territorio nacional. Deja pues un amplio margen de decisión al Congreso para diseñar instancias, tribunales colegiados y unipersonales y fueros. Ha sido una sabia regla constitucional, apta para flexibilizar la ley suprema según las necesidades del momento.

Al revés del texto de 1853, que determinaba el número de jueces de la Corte y el de sus fiscales, el texto actual deja eso también en manos del legislador ordinario. Ha existido en el país una gran disputa a raíz del aumento de los vocales de la Corte, en 1989, cosa que permitió, según divulgada crítica, la manipulación partidista de su integración. Fuera de tal problema, lo cierto es que el número de magistrados de la Corte Suprema debe estar en razón del cúmulo de tareas que se asignen al Tribunal. Si a éste se lo atosiga de causas, necesariamente la cantidad de dichos jueces debe aumentar, como ocurre en Alemania, donde superan el centenar. En cambio, una Corte Suprema con reducido número de litigios a resolver (como la de Estados Unidos, con menos de doscientas causas al año), el número de nueve, si actúan en bloque (no divididos en salas) es razonable.

Tampoco alude la Constitución a la división de la Corte en Salas, alternativa permitida por el artículo 23 de la ley orgánica de la justicia nacional (decreto-ley 1285/58, según ley 15.271), aunque todavía no puesta en práctica. La instrumentación de esa posibilidad depende técnicamente de la cantidad de tareas que asuma la Corte: si la misma es excesiva, la división sería oportuna, previendo mecanismos de unificación de jurisprudencia eventualmente contradictoria, y la actuación en bloque de la Corte en ciertos casos de suma gravedad.

La Presidencia de la Corte Suprema ha sido otro tema debatido. Está prevista en la Constitución (artículo 112), pero ella no indica quién de-

³⁰⁶ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, "El Poder Judicial federal", en autores varios, *Constitución de la Nación Argentina con motivo del sesquicentenario de su sanción*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2003, t. II, pp. 377 y ss.

signa a tal magistrado. En la experiencia jurídica argentina, el presidente de la nación lo hizo hasta 1930. Actualmente, una acordada del propio Tribunal determina que es él mismo quien nombra a su presidente y vicepresidente. La laguna constitucional ha sido pues adecuadamente cubierta por la propia Corte (Gallo), como secuela natural de un poder del Estado independiente de los demás.³⁰⁷

No dice la Constitución cuáles son los recaudos para desempeñarse como juez federal, salvo para ir a la Corte Suprema (artículo 111: abogado de la nación con ocho años de ejercicio, y tener las calidades para ser senador). Lo de “abogado de la nación” significa abogado con título expedido por la Universidad legalmente habilitada para hacerlo, nacional o privada. Lo de “ejercicio” debe entenderse en sentido amplio, comprensivo de cualquier actividad forense. Como la Constitución habla de “ejercicio”, la mera inscripción en una matrícula de profesionales de derecho no sería suficiente, ya que el texto requiere práctica profesional.³⁰⁸

La Constitución contempla el juramento de los jueces de la Corte Suprema, y que ella dicte “su reglamento interior”, así como la designación de sus empleados (artículo 113). Llama a los “miembros” de la Corte Suprema (artículo 111), con tino, “*jueces* de la Corte Suprema” (artículo 110), palabra que implica un título muy digno y suficiente de por sí, casi cambiado hoy por una práctica poco constitucional que los denomina “ministros”: vale decir, una expresión poco feliz que subconscientemente tiene en Argentina reminiscencias de Poder Ejecutivo.

El artículo 110 incluye dos preceptos sumamente significativos para el Poder Judicial. El primero indica que los jueces federales “conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta”. Como son removibles los jueces de la Corte Suprema mediante el juicio político (y las causales de éste versan sobre mal desempeño, delito cometido en el ejercicio de sus funciones, o crímenes comunes, según el artículo 53 de la Constitución, motivos que se extienden a todos los jueces federales, a tenor del artículo 115), cabe preguntarse si además de las tres circunstancias relativas al mentado juicio político, los magistrados de la nación son excluibles por la falta de buena conducta; o si ésta cabe dentro de la genérica mención

307 Cfr. Gallo, Orlando, “La justicia nacional”, en Bidegain, Carlos M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, t. IV, pp. 250 y 251, quien infiere esa potestad de la Corte Suprema, asimismo, de la competencia que posee para dictar su reglamento interior, según el actual artículo 113 de la Constitución.

308 *Ibidem*, p. 249.

de “mal desempeño” captada, cabe repetirlo, por el aludido juicio político. Esta última opción exegética parece la más sencilla y preferible.

El artículo 110 agrega que los jueces federales percibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley “que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permanecieran en sus funciones”. El principio de intangibilidad de estas remuneraciones tiene por fin, apunta la Corte Suprema, no instaurar un beneficio personal para los magistrados, sino asegurar su independencia de criterio y funcional.³⁰⁹ Por lo demás, obliga a aumentar sus salarios, si resultan efectivamente disminuidos por procesos inflacionarios (aunque ese ajuste no debe ser necesariamente matemático: en alguna medida, no esencial, es posible que sea menor a la depreciación monetaria).³¹⁰ Finalmente, para la Corte Suprema la compensación judicial no debe ser gravada con impuestos (al estilo de réditos o ganancias) que la reduzcan, so pretexto de establecer un tributo sobre dicho ingreso. En este punto, la Constitución argentina es todavía más enfática que la norteamericana, ya que impide tales disminuciones “en manera alguna”.³¹¹

La reforma constitucional de 1994 limitó la estabilidad de los jueces federales hasta los 75 años de edad, aunque previó ciertas prórrogas (artículo 99, inciso 4). En el caso “Fayt”, la Corte Suprema declaró inconstitucional tal enmienda, por considerar que violaba los márgenes de la ley de convocatoria de la convención constituyente, 24.309.³¹²

2. Reglas de competencia

Sobre la asignación de causas a la justicia federal, según la Constitución, véase el apartado: competencias federales, competencias judiciales.

3. Reglas garantistas

También inserta la Constitución en la sección correspondiente al Poder Judicial de la nación, algunas normas que en verdad refieren a garan-

309 CSJN, *Fallos*, 307:2174, “Bonorino Peró”.

310 CSJN, *Fallos*, 311:460, “Bruno”; JA 1990-III-111, “Cook”; *Fallos*, 314:295, “Vilela” y *Fallos*, 315:2386, “Jáuregui”.

311 CSJN, *Fallos*, 176:73, “Fisco c/ Medina” y *Fallos*, 187:687, “Poviña”.

312 CSJN, *Fallos*, 322:1616, caso “Fayt”.

tías en pro de los justiciables. Por ejemplo, y como ya anticipamos, el artículo 119 tipifica al delito de traición a la patria y sienta el principio de no trascendencia de la pena a los parientes del condenado. El artículo 118 alude al juicio por jurados, la necesidad de que los juicios criminales se realicen en la provincia donde ocurrieron, aunque si fueron cometidos contra derecho de gentes fuera de los límites de la nación, la competencia se determinará por ley especial.

El artículo 109 sienta una regla de gran trascendencia para el Estado de derecho y la independencia de los poderes: la imposibilidad (“en ningún caso”) de que el presidente asuma funciones judiciales, se arrogue el conocimiento de causas pendientes o restablezca las fenecidas. Sin embargo, la Corte Suprema ha admitido la constitucionalidad de tribunales administrativos situados en el área de la administración pública, ante “el premioso reclamo de los hechos”, y bajo dos condiciones básicas: a) que el administrado tenga derecho a interponer un recurso ante un tribunal judicial; b) que en el proceso administrativo se respete el principio de defensa en juicio.³¹³ De todos modos, ello ha importado —al menos parcialmente— una interpretación mutativa por sustracción del referido precepto constitucional.

También ha admitido la Corte Suprema la constitucionalidad de los tribunales militares, pero a través de otra fuente jurídica: el hoy artículo 75, inciso 27, de la Constitución, concerniente a los poderes del Congreso para fijar las fuerzas armadas, y dictar las normas para su organización y gobierno. Los jueces militares son jueces de la nación, dijo la Corte, aunque no integren el Poder Judicial federal.³¹⁴

313 CSJN, *Fallos*, 247:646, “Fernández Arias c/ Poggio”; *Fallos*, 247:676, “Molinos Río de la Plata”; *Fallos*, 303:1776, “Banco de Río Negro y Neuquén” y *Fallos*, 297:456, “Fiocchi”. No obstante, en “Ángel Estrada”, la Corte Suprema ha puntualizado recientemente que la concesión de facultades jurisdiccionales a la administración pública contradice las reglas del debido proceso constitucional, y que no cualquier controversia puede ser deferida al conocimiento de los órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. En todo caso, la palabra final deben tenerla los jueces del poder judicial (CSJN, “Jurisprudencia Argentina”, 31/08/05, p. 74). Esta sentencia puede implicar serias restricciones a los llamados tribunales administrativos.

314 CSJN, *Fallos*, 149:175, “A. de Hernández”; *Fallos*, 101:359, “P.A. Quiroga”; *Fallos*, 241:342, “González Victorica”, etcétera.

4. *El Consejo de la Magistratura. Designación de magistrados judiciales*

Hasta 1994 todos los jueces federales eran nombrados por el presidente de la nación, con acuerdo del Senado, según las reglas constitucionales de 1853/60, que seguían al pie de la letra al modelo norteamericano todavía vigente.

El constituyente de 1994, a través de la exposición del miembro informante del despacho mayoritario destacó, cuando se debatió la reforma al Poder Judicial, que éste experimentaba una significativa y triple crisis (técnica, institucional y política), que exigía una profunda reforma. El lanzamiento del Consejo de la Magistratura importó lo principal de la misma,³¹⁵ en orden a erigir un Poder Judicial con mayor legitimidad, calidad y eficacia operativa.

La reforma de 1994 perfeñó, en verdad, un súper Consejo, con atribuciones que en definitiva le transferían el gobierno del Poder Judicial. En concreto, le toca seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores a la Corte Suprema, emitir ternas vinculantes para el nombramiento de tales jueces (el Poder Ejecutivo debe luego escoger a uno y requerir el acuerdo del Senado), “administrar los recursos y ejecutar el presupuesto” judicial (con el claro objetivo de centrar las competencias de la Corte en la solución de los expedientes y procesos), ejercer facultades disciplinarias sobre los magistrados judiciales, decidir la apertura del trámite de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente, y dictar reglamentos relacionados con la organización judicial (artículo 114).

La decisión del constituyente tenía un decisivo punto flojo: la integración del Consejo, tema en el que no hubo consenso en la asamblea reformadora y se transfirió al dictado de una ley especial, donde debía haber “equilibrio” entre la representación de órganos políticos de elección popular, jueces de todas las instancias, abogados de la matrícula, y personalidades del ámbito científico y académico (artículo 114).

La ley reglamentaria en cuestión, 24.937 y su “correctiva” 24.939, ahora con texto ordenado por decreto 816/99, concretaron años después el “equilibrio” componiendo el Consejo (artículo 2o.), con cinco jueces (uno de ellos, el presidente de la Corte), ocho legisladores, cuatro representantes de los abogados, uno designado por el Poder Ejecutivo, y dos

315 Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, pp. 2219 y 2220.

por los académicos y científicos. La representación mayoritaria, pues, era “política”, y si a eso se suma que los candidatos a jueces preseleccionados por el Consejo pasan después un doble tamiz igualmente político (el del presidente de la nación, y el del Senado), se advertirá que la propuesta del constituyente había perdido mucho de su vigor, cuando no, para ciertos críticos, quedó sometida, en cierta medida, a un operativo gatopardista. Un proyecto de reforma (en trámite al cierre de esta obra) agrava la presencia de la representación “política” en el Consejo.

En los años de su actuación el Consejo (ubicado por aquellas leyes no como órgano extra poder, sino dentro del Poder Judicial), ha experimentado fuertes críticas por la disparidad de criterios en los concursos, y de modo particular por la lentitud de éstos. Si se añade la mora del Poder Ejecutivo y del Senado para concluir el círculo constitucional de designación, una vacante puede permanecer, increíblemente, varios años sin cubrir. Paralelamente, la Corte Suprema no resignó su competencia disciplinaria para los jueces, sino que la mantuvo (véase acordada 52/98). Además, aquellas leyes regulatorias han previsto recursos ante la Corte Suprema de ciertas decisiones del Consejo, y paralelamente, hay amparos judiciales contra ciertos veredictos suyos. En síntesis, el Consejo ha quedado en determinados aspectos devaluado institucionalmente, recordado en sus atribuciones y algo lento en su proceder.

Por lo demás, la reforma de 1994 dejó la designación de los jueces de la Corte Suprema en manos exclusivas del presidente con el acuerdo del Senado, aunque demandó que el mismo se prestara en sesión pública, con los dos tercios de los votos de los senadores presentes (artículo 99, inciso 4). El reciente decreto 222/03 implicó una esperanzada mejora y una seria autorrestricción del Poder Ejecutivo, ya que establece una serie de recaudos (en particular, manifestación de bienes y de ciertos antecedentes), a exhibirse públicamente, de quienes proponga o seleccione como jueces federales, procurador general o defensor general de la nación. No obstante, el éxito de este sistema está por verse, puesto que depende de la honesta intención de los presidentes de oír y evaluar con responsabilidad las críticas sociales que se formulen a los nominados (cosa que no siempre ha ocurrido), así como de la seriedad de la comunidad en formular sus observaciones. Tampoco se ha cumplido con otras de las metas del decreto, como era la de diseñar una Corte Suprema con integración geográfica plural. Además, no se respetan los plazos de cobertura de vacantes que contempla.

5. Remoción de jueces. El Jurado de Enjuiciamiento

En cuanto los jueces de la Corte Suprema, la reforma de 1994 mantuvo el sistema de destitución inicial de 1853: el juicio político (véase el apartado: frenos y contrapesos, relaciones entre los poderes del Estado, el juicio político, en especial el juicio político).

Para los jueces inferiores, y atendiendo, se dijo, al éxito habido en las provincias,³¹⁶ se diseñó un “Jurado de Enjuiciamiento” integrado por la ley 24.937 (artículo 22, texto ordenado citado) por nueve miembros: tres jueces, tres legisladores y tres abogados de la matrícula federal (la presencia “política” es aquí, en principio, menor que la existente en el Consejo de la Magistratura). Al revés que para el Consejo, tal ley no lo declara formando parte del Poder Judicial. En su artículo 115, y para definir prontamente los asuntos que debe decidir, la Constitución puntualiza que si transcurren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento sin que haya dictado fallo, corresponde archivar las actuaciones.

El fallo es, define la Constitución en el mismo artículo, “irrecurable”. Se ha discutido, no obstante, si podría impugnarse ante la Corte Suprema, mediante el recurso extraordinario. El texto constitucional es muy terminante, sin embargo. Pero en “Brusa” (*Fallos*, 326:4816), la Corte Suprema determinó que tal recurso es viable, fundamentalmente por las reglas del Pacto de San José de Costa Rica (artículo 25), que diseñan una acción judicial para tutelar los derechos del Pacto, frente a actos de autoridad pública (como la resolución del Jurado de Enjuiciamiento).

XV. OTROS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

La reforma constitucional de 1994 intentó robustecer (algunas veces con éxito) ciertos organismos —en particular, de control— como los siguientes.

1. *Ministerio Público*

La sección cuarta del primer título de la segunda parte de la Constitución se ocupa del “Ministerio Público”, al que erige aparentemente como

³¹⁶ *Ibidem*, pp. 2219 a 2221.

un cuarto poder del Estado, pero en verdad conforma, con más precisión, un ente extra-poder, según el mensaje del constituyente.³¹⁷

Definido por el artículo 120 de la Constitución como “un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera”, tiene como importantes metas promover ante la Justicia la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Queda así sustraído del Poder Ejecutivo (del que dependía antes de la reforma de 1994, en el orden nacional) e incluso del Poder Judicial, al que debe, en su caso, también controlar.

La Constitución diseñó un Ministerio Público bicéfalo, liderado por el Procurador General de la nación (respecto a los fiscales) y el Defensor General de la nación (en cuanto el ministerio público pupilar o tutelar). Añade el texto constitucional que sus integrantes gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad en las remuneraciones. Aquellas inmunidades, según el miembro informante del despacho mayoritario en la convención constituyente, debían ser similares a las del Defensor del Pueblo,³¹⁸ que posee las de los legisladores.

El texto constitucional padece de una significativa imprevisión, ya que no determina cómo son designados los cuadros del Ministerio Público, ni su régimen de estabilidad y remoción, temas que deriva, indirectamente, a una ley reglamentaria. Felizmente, la ley en cuestión 29.496 ha sido prudente en la materia, asegurando la estabilidad mientras dure la buena conducta, hasta los setenta y cinco años, y un sistema de concursos para las designaciones y ascensos, operándose las remociones a través de un Tribunal de Enjuiciamiento. El procurador general y el defensor general son designados por el presidente de la nación con acuerdo del Senado, y removibles mediante el juicio político. Aún así, es la Constitución la que tendría explícitamente haber definido tales cuestiones.

2. Defensor del pueblo

Aunque está ubicado en el ámbito del Poder Legislativo, la Constitución declara al Defensor del Pueblo “órgano independiente... que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad”, según el nuevo artículo 86, aprobado por la asamblea constitu-

³¹⁷ *Ibidem*, pp. 4672 y 4673.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 4673.

yente de 1994. La misma norma agrega que goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores, y que es nombrado y removido por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes en cada una de las Cámaras. Dura cinco años, y puede ser reelegido por una sola vez.

Sus funciones, a tenor del mismo precepto, consisten en la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos y garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración, y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. Tiene legitimación procesal. Parte de estos papeles, por cierto muy amplios, coinciden con los que la Constitución también encomienda al Ministerio Público, en el artículo 120.

En la convención constituyente se lo presentó por el miembro informante del despacho mayoritario como “el abogado de la sociedad”, destinado, además, a lograr que el Poder Legislativo recuperase credibilidad y contenido técnico, mediante una función especializada de control”.³¹⁹

La figura del Defensor del Pueblo está regulada por la ley 24.284. Interpretando esta norma, la Corte Suprema ha entendido que este funcionario no puede controlar al Poder Judicial.³²⁰ En los hechos, no dispone de la infraestructura suficiente para cumplir todos los cometidos que la Constitución le confía. Ésta no aclara, por lo demás, si también está autorizado para plantear reclamos contra actos provinciales.

3. *Auditoría General de la Nación*

La reforma de 1994 dio también rango constitucional a este “organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional” (artículo 85). Su presidente será designado a propuesta del principal partido de oposición.

A dicha Auditoría le toca realizar el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, e interviene en el trámite de aprobación de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos, a fin de concretar el control externo del sector público nacional en el orden patrimonial, económico, financiero y operativo, como atribución propia del Poder Legislativo, para lo cual deberá elaborar dictámenes. Al sustentar su inclusión

³¹⁹ *Ibidem*, pp. 1518 a 1523.

³²⁰ CSJN, JA, 1995-III-187, “Frías”.

en la Constitución, el miembro informante del despacho mayoritario en la convención constituyente destacó, no sin cierto énfasis retórico, 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”.³²¹ Ha sido reglamentada por la ley 24.156.

4. *Otros entes constitucionales*

La reforma constitucional de 1994 menciona, asimismo, dándole pues rango constitucional (aunque sin mayores aditamentos) a las universidades nacionales, que deben ser autónomas y autárquicas (artículo 75, inciso 19), a un “Banco federal con facultad de emitir moneda”, sin perjuicio de otros bancos nacionales que pueda crear el Congreso (artículo 75, inciso 6), y “un organismo fiscal federal” destinado a controlar y fiscalizar la ejecución de determinadas tareas vinculadas al presupuesto, como la aplicación de una ley convenio entre la nación y las provincias, y la transferencia de competencias, servicios o funciones (artículo 75, inciso 2). Ciertas comisiones del Congreso, *v. gr.*, una bicameral permanente destinada a expedirse sobre los decretos de necesidad y urgencia que emita el Poder Ejecutivo (artículo 99, inciso 3), y a controlar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso (decretos delegados: artículo 100, inciso 12), figuran también en la Constitución.

XVI. FRENO Y CONTRAPESOS. RELACIONES ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO. EL JUICIO POLÍTICO

La Constitución planifica un complejo régimen de vinculaciones entre los distintos órganos del Estado.

1. *Modalidades*

Esa red de controles se concreta en funciones *electivas* (cuando un órgano interviene en la designación de las autoridades del otro), *de inspección* (si averigua y fiscaliza la gestión del órgano controlado), *integrativas* (cuando el acto constitucional requiere la voluntad de dos o más órganos), *reguladoras* (en el caso de que un órgano gradúa la conducta

321 Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, pp. 2222 y 2223.

del restante) y *sancionadoras* (cuando el órgano de control castiga y hasta puede remover al sujeto controlado).

Hasta el momento hemos hablado de controles *extraorgánicos*, pero también hay, expresa o tácitamente, controles constitucionales *intraorgánicos*, si es el propio órgano el que se autocontrola.

A mero título ejemplificativo, el Congreso es autocontrolado cuando una Cámara revisa los proyectos legislativos de la otra (artículos 77 y siguientes), o si una Sala sanciona, produce el desafuero y hasta remueve a uno de sus miembros (artículos 66 y 70). Un control extraorgánico sobre el Congreso ocurre si el presidente veta un proyecto de ley (artículo 83). Pero a la inversa, es el Congreso quien controla al Poder Ejecutivo cuando le aprueba o rechaza la cuenta de inversión (artículo 85), o al revisar la corrección de la administración pública a través del defensor del pueblo (artículo 86). La aprobación del presupuesto es otro evidente acto de contralor sobre los poderes Ejecutivo y Judicial.

El Poder Judicial ejerce autocontrol cuando, *v. gr.*, la Corte Suprema revisa los pronunciamientos de los tribunales inferiores (artículos 116 y 117), y controla al presidente y al Congreso mediante la revisión judicial por inconstitucionalidad (que solamente aparece mencionada en la Constitución en el artículo 43, para las acciones de amparo, pero que por derecho consuetudinario se practica en todos los procesos). Es controlado por el Ministerio Público en la tutela de los derechos humanos y el debido proceso (artículo 120 de la Constitución, artículo 25, ley 24.946).

Por su parte, el Poder Ejecutivo es autocontrolado por una serie de organismos que no tienen mención constitucional expresa, y con origen, por ende, subconstitucional, como la Sindicatura General de la Nación y la Procuración General del Tesoro (leyes 24.256 y 12.954, entre otras). Después de la reforma de 1994, el contralor extraorgánico sobre el Poder Ejecutivo se ha acentuado constitucionalmente por medio de la Defensoría del Pueblo y de la Auditoría General de la nación, en el ámbito del Congreso, y la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, ahora injertada por ley dentro del Ministerio Público a que alude el artículo 120 de la Constitución. El control del Poder Ejecutivo sobre el Judicial existe en el proceso de nominación de los jueces (artículo 99, inciso 4).

2. *El juicio político*

El mecanismo más impresionante en materia de control extraorgánico es el llamado “juicio político” (la Constitución no lo llama de tal modo, sino “juicio público”, en el artículo 59) que se desenvuelve en el ámbito del Congreso. Su eficacia, sin embargo, es muy relativa: se ha aplicado a jueces, pero nunca a un presidente, vicepresidente o ministro del Poder Ejecutivo.

A. *Sujetos involucrados*

Después de la reforma de 1994 son acusables el presidente de la nación, el vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo y los jueces de la Corte Suprema de Justicia. Recientemente, por ley 24.946, lo son también el Procurador General y el Defensor General de la nación, pese a que la Corte Suprema, en “Molinas”, había entendido que no era posible ampliar por ley el número de sujetos enjuiciables, según la Constitución, por este proceso.³²²

B. *Causales*

La Constitución (artículo 53) menciona tres: primero, “mal desempeño”, un concepto elástico, similar a un tipo penal abierto. La precisión y determinación de este concepto jurídico indeterminado corre a cargo de los operadores constitucionales del juicio político, siempre dentro de parámetros de razonabilidad (lo irrazonable nunca es constitucional).³²³ Naturalmente, el hecho del caso debe ser grave, aunque puede no importar un delito (Corte Suprema, en “Nicosia”).³²⁴

El segundo motivo son delitos en el ejercicio de las funciones (no es que el Senado vaya a condenar por esos delitos: solamente destituirá si cree que fueron cometidos, por más que después la justicia estime lo contrario).

³²² CSJN, “La Ley” 1992-A-337.

³²³ Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1964, t. I, p. 228.

³²⁴ CSJN, “El Derecho”, 158:237.

El tercero, es “crímenes comunes”. Al dictarse la Constitución, era normal la distinción entre “crímenes” y “delitos”, siendo los primeros de tipo grave. En su consecuencia, un “delito” común (no grave), no autoriza, como regla, la destitución por esta vía.

C. Trámite

En el texto constitucional solamente hay unas pautas esenciales (el resto está disciplinado, especialmente, por reglamentos de las dos Cámaras). Acusa la Cámara de Diputados, siempre que reúna a ese efecto una mayoría calificada de dos tercios de los miembros presentes (artículo 53). Según el derecho consuetudinario, cualquiera puede plantear una denuncia, lo que da lugar, a menudo, a una proliferación de las mismas. En 2003 el presidente de la nación exhortó públicamente al Congreso a cumplir sus roles en el juicio político respecto de jueces de la Corte Suprema, y dos fueron destituidos.

En la cámara de Diputados su reglamento prevé la actuación de una comisión de juicio político, que escucha al denunciado. De aprobarse por la Sala la acusación, se nombra a una comisión de legisladores que actuará como un a especie de fiscal ante el Senado.

Respecto del Senado, es la cámara juzgadora, debiendo sus miembros prestar juramento para ese acto. Si el acusado es el presidente de la nación, el Senado es presidido por el presidente de la Corte Suprema. La declaración de culpabilidad requiere los sufragios de los dos tercios de los miembros presentes (artículo 59). De mediar destitución, el fallo puede provocar la interdicción de ocupar empleos en la nación, y el sometimiento del condenado al juicio penal ante los tribunales ordinarios (artículo 60).

El reglamento senatorial contempla el planteo de la acusación de diputados, el derecho del defensa del acusado, la producción de pruebas, deliberación secreta y la sentencia, que se dicta en sesión pública.

Se discute si el “juicio político” argentino es un proceso “jurídico” o “político”, o algo mixto. Detrás de esa polémica doctrinaria, existe un debate político innegable. Si se reputa a dicho trámite como “político”, podría no regir el principio *in dubio pro reo*, y tampoco la apreciación de las pruebas según las reglas de la sana crítica, sino mediante el sistema de las libres convicciones: una suerte de cheque en blanco para el Senado.

Sin embargo, la Corte Suprema, en “Nicosia”, no tuvo problemas en equiparar al Senado en un “tribunal de justicia”, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Tribunal Constitucional del Perú”, resolvió que en un proceso análogo al juicio político argentino, regían también las garantías propias del proceso penal contempladas por el artículo 80. del Pacto de San José de Costa Rica.³²⁵

La sentencia del Senado era reputada tradicionalmente “cuestión política no justiciable”. Tal doctrina ha sido revisada por la Corte Suprema, que admite el recurso extraordinario contra las sentencias de la cámara alta, siempre que estuviere en debate los principios constitucionales del debido proceso, aunque no sobre la apreciación y evaluación de los hechos motivantes de la destitución.³²⁶

3. *Conflictos de poderes*

La Constitución argentina no contempla un mecanismo para la solución de controversias dentro del gobierno federal. La laguna constitucional ha sido cubierta recurriendo la Corte a una regla de la ley orgánica del Poder Judicial de la nación, el artículo 24, inciso 7, que deja en la Corte resolver problemas de competencia entre magistrados que no tengan un superior común. El uso extensivo y analógico de tal precepto se ha aplicado a otros problemas, “ya que de otro modo no podrían tener solución adecuada”.³²⁷ El mismo inciso sirvió para atender caso de desobediencia de autoridades militares a órganos judiciales.³²⁸

En el caso “Unión Obrera Metalúrgica”,³²⁹ la Corte resolvió lo que, a su juicio, habría sido la invasión de competencias de un juez sobre el Poder Ejecutivo, aunque ello no implicare, dijo, en sentido estricto, “un conflicto de competencia jurisdiccional o un conflicto de poderes”. La

325 CSJN, “El Derecho”, 158:237; García Ramírez, Sergio (coord.), *op. cit.*, nota 244, pp. 820 y ss.

326 CSJN, “El Derecho”, 158:237. La tesis de la Corte es discutible, ya que si mediare arbitrariedad en la evaluación de los hechos determinantes de una destitución, ello también implica violación al debido proceso, según la jurisprudencia de la misma Corte en materia de sentencias arbitrarias. Véase también CSJN, *La Ley*, 1987-C-244, y *Fallos*, 314:1723; “Jurisprudencia Argentina”, 2004-III-496, caso “Moliné O Connor”.

327 CSJN, *Fallos*, 246:237 “Moreno”, y 247:436, “Ainza”.

328 CSJN, *Fallos*, 292:542. “Vallejo”.

329 CSJN, “Doctrina Judicial”, 1996-I-1108, “Unión Obrera Metalúrgica”.

Corte dijo que decidía la cuestión, “a modo de una facultad administrativa o de superintendencia”.

En otros supuestos, como en “Rodríguez”,³³⁰ la Corte entró a zanjar una disputa entre la justicia y el Poder Ejecutivo, y lo hizo invocando facultes implícitas e inherentes como órgano supremo de la organización judicial e intérprete final de la Constitución (abandonó, al parecer, su teoría anterior de la “facultad administrativa o de superintendencia”).

El modo de tramitar estos verdaderos conflictos de poderes ha sido diverso: algunas veces, mediante un “recurso extraordinario”. Otras, por presentación directa del órgano afectado o “invadido”, ante la misma Corte. Se trata de una interesante cobertura de derecho consuetudinario, con diversos y no siempre coherentes argumentos jurídicos, ante un vacío constitucional.

XVII. ORGANIZACIÓN POLÍTICA. EL SISTEMA FEDERAL ARGENTINO

Partiendo del supuesto de que las Constituciones “deben ser adecuadas al país que las recibe”, Juan B. Alberdi postuló en su proyecto de Constitución (seguido en lo fundamental por la asamblea constituyente de 1853), un “sistema mixto” que “abraze y concilie las libertades de cada provincia y las prerrogativas de toda la nación”. Su tesis fue la de la *fusión* entre las fórmulas políticas de *unidad* y de *Federación* .³³¹ Tales son las bases del régimen que la Constitución llama “federal” en su artículo 1o., y que en verdad merecería llamarse *semifederal* . Para la Corte Suprema el federalismo argentino es de “unidad en la diversidad”.³³²

En los hechos, el federalismo argentino ha experimentado preocupantes repliegues, máxime durante gobiernos *de facto* (de fisonomía unitaria), o fuertemente populistas, especialmente cuando esto se combina con ingredientes autoritarios centrados en torno a la figura de un líder. Pero también, de modo indirecto, el federalismo se ha visto atenuado por la existencia de grandes partidos nacionales que procuran imponer sus directivas a los legisladores provenientes de las provincias, el uso arbitrario de las intervenciones federales sobre las mismas y de vez en cuando,

330 CSJN, *La Ley* , 1997-F-884, “Rodríguez Jorge”.

331 Alberdi, Juan B., *op. cit.* , nota 45, pp. 58 y ss., 82 y ss., 87 y ss.

332 CSJN, *Fallos* , “Bressani”, 178:9; “Montes de Oca”, *Fallos* , 315:2780.

la falta de vocación federalista de importantes cuadros de la dirigencia política. Simultáneamente, cierto espíritu de contradicción subyacente en la sociedad exige federalismo, pero al mismo tiempo se niega a aceptar los costos jurídico-políticos de tal fórmula, como por ejemplo, variedad normativa y jurisprudencial, interpretaciones no siempre iguales del mismo derecho nacional, cargas impositivas destinadas a mantener las estructuras locales, etcétera

Hasta ahora se ha descrito aquí la estructura básica del gobierno nacional. Toca abordar ahora la de las provincias y municipios.

XVIII. LAS PROVINCIAS. SITUACIÓN JURÍDICA

El perfil constitucional de las provincias abarca diferentes temas.

1. *Poder constituyente. Integridad, secesión*

El artículo 122 de la Constitución, que está dentro del título segundo de la segunda parte de la Constitución, dedicado a los “gobiernos de provincia”, señala que ellas se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios, sin intervención del gobierno federal. Pero esos gobernadores son también “agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la nación” (artículo 128), norma que debe conectarse con el principio de “lealtad federal”, que mutuamente se deben las provincias y el gobierno nacional.

El artículo 123 añade que cada provincia se dicta su propia Constitución, asegurando la autonomía municipal. El artículo 5o. recorta las bases de ese poder constituyente provincial advirtiendo que cada Constitución provincial debe sancionarse: *a)* bajo el sistema republicano, *b)* de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional, *c)* y siempre que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Solamente bajo esas condiciones el gobierno federal “garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

Inicialmente, la Corte Suprema habló de la “soberanía absoluta” de las provincias,³³³ para después definir las como “autónomas”,³³⁴ bien que reconociéndoles el carácter de “Estados”, y no meras divisiones administrativas de la nación,³³⁵ y personas jurídicas de existencia necesaria.³³⁶

En algunos fallos (*v. gr.*, en “Bressani”) y siguiendo pautas similares a las de la jurisprudencia estadounidense, reputó a la República argentina como una “unión indestructible de estados indestructibles”,³³⁷ pero esta frase olvida que la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes (artículo 30), y que por ende, una convención constituyente podría adoptar una estructura regional, u otra unitaria para el país.

En “Provincia de La Pampa”, la Corte dijo que las provincias estaban en un pie de igualdad política, aunque no de igualdad económica.³³⁸ Aún así, el artículo 121 advierte que las provincias pueden reservarse derechos, por pactos especiales, al tiempo de su incorporación, y tal ha sido el caso de la provincia de Buenos Aires, mediante el pacto de San José de Flores, del 11 de noviembre de 1859.

La Constitución admite que se incorporen nuevas provincias a la República, pero no podrá formarse una en el territorio de otra u otras, ni varias fusionarse, sin el consentimiento de sus legislaturas y del Congreso nacional (artículo 13).

¿Existe el derecho de secesión por parte de las provincias? Nada dice la Constitución al respecto, y la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos en “Texas v. White”, repetida por Argentina en el ya citado caso “Bressani”, parece aventar tal hipótesis. Puede pensarse, sin embargo, que hay un vacío constitucional, y que ello no sería necesariamente inválido, con el acuerdo del Congreso federal y la legislatura local, por aplicación analógica del artículo 13.

El poder constituyente de las provincias, atento los condicionamientos y permisos de los artículos 5o., 122 y 123 de la Constitución nacional, es un poder derivado, secundario o constituido. La Corte Suprema ha indicado que las provincias, al establecer sus Constituciones, tienen derecho

333 CSJN, *Fallos*, “Resoagli”, 7:373.

334 CSJN, *Fallos*, 271:206, “Berga”; *Fallos*, 240:311, “Cardillo”.

335 CSJN, *Fallos*, 240:311, “Cardillo”.

336 CSJN, *Fallos*, 188:383, “Luz y Fuerza”; *Fallos*, 311:1197, “Provincia de Salta”.

337 CSJN, “Bressani”, *Fallos*, 178:9.

338 CSJN, *Fallos*, 310:2520, “Provincia de La Pampa”.

a establecer instituciones propias y erigir las autoridades que les parezcan pertinentes, donde cabe “la más grande variedad”.³³⁹ Pero muchas veces ha reputado inconstitucionales, por violatorias de la Constitución nacional, a normas de las Constituciones provinciales.³⁴⁰

2. Relaciones interprovinciales

Como regla, los ciudadanos de una provincia tienen en todas los mismos derechos, privilegios e inmunidades (artículo 8o. de la Constitución, que por error habla de una suerte de ciudadanía provincial). Ello no impide que muchas provincias, en la práctica, exijan para desempeñar cargos públicos en ellas, que el interesado tenga una residencia mínima en el lugar, salvo que sea nacido en la misma. Al mismo tiempo, los actos públicos de una provincia valen en las restantes (artículo 7o.), salvo, indica la Corte Suprema, que resulten inválidos por exceder la esfera de sus competencias,³⁴¹ y están obligadas a extraditarse recíprocamente a los criminales (artículo 8o.).

Pueden las provincias celebrar tratados “parciales” para fines de administración de justicia, intereses económicos y trabajos de utilidad común, con “conocimiento” (no exige el texto aprobación ni consentimiento, aunque algún sector de la doctrina así lo postula) del Congreso federal (artículo 125). Esos tratados no pueden ser “de carácter político” (artículo 126), expresión ambigua. Aparentemente, la proscripción se referiría a alianzas o ligas militares, o para formar grupos en el Congreso federal. En 1856 cuatro provincias pactaron un tratado para crear un tribunal superior de justicia común, y ello fue aprobado por el Congreso nacional, aunque dicha corte no entró en funciones posteriormente.

La Constitución prohíbe a las provincias guerrear entre sí. Las hostilidades de hecho configuran actos de guerra civil, y tipifican sedición o asonada, “que el gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley”. Las quejas entre las provincias deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia, y dirimidas por ella (artículo 127). Esto último importa para la Corte una competencia y una actividad muy peculiar, que la diferencia de su aptitud común para resolver litigios judiciales, y donde se

339 CSJN, *Fallos*, 1:170, “Blanco”; CSJN, “Partido Justicialista de Santa Fe”, “El Derecho”, 160:129.

340 *Cfr.* Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 94, t. 2, pp. 10 y ss.

341 CSJN, *Fallos*, 210:460, “A Fernández”; 198:403, “Sanz de Canaveris”.

maneja con “amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio”.³⁴² En rigor de verdad, esta facultad no está bien estudiada en el derecho argentino.

Por lo demás, corresponde al Congreso “fijar los (límites) de las provincias” (artículo 75, inciso 15). Tal quehacer unilateral del Poder Legislativo fue definido por la Corte Suprema como un acto “político”, en cuya realización no están solamente interesadas las provincias limítrofes, sino todas ellas.³⁴³ Si ya hay límite, fijado por el Congreso o por preexistente, la solución de un eventual litigio sobre el mismo correspondería a la Corte, pero como tarea judicial, dentro de las pautas de competencia del artículo 117.

3. *Relaciones internacionales*

La reforma de 1994 introdujo una novedad, ya que autorizó en su artículo 124 explícitamente a las provincias a celebrar “convenios internacionales” bajo tres condiciones: que no sean incompatibles con la política exterior de la nación, no afecten las facultades delegadas al gobierno central, y no perjudiquen el crédito público de la nación. Deben dar noticia al Congreso Nacional (el nuevo texto no habla tampoco de aprobación o de acuerdo).

4. *Regiones*

La reforma constitucional de 1994 habilitó explícitamente a las provincias a crear regiones “para el desarrollo económico y social”, y establecer órganos al respecto (artículo 124). Las regiones son nuevamente mencionadas en el artículo 75, inciso 19. En la asamblea constituyente, el miembro informante por el despacho mayoritario aclaró que esas regiones concretarían las metas que la nueva cláusula del progreso proponía en el artículo 75, inciso 19.³⁴⁴ Queda definido, eso sí, que el ingreso de una provincia a una región es un acto voluntario. Lo que resulta evidente es que el constituyente de 1994 no concordó adecuadamente esta competencia generadora de regiones con la atribución de celebrar trata-

342 CSJN, *Fallos*, 166:358, dictamen del Procurador General de la Nación.

343 CSJN, *Fallos*, 114:426, “Provincia de Santa Fe”.

344 Convención nacional constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, p. 3191/2.

dos interprovinciales, y con la prohibición de celebrar tratados políticos. ¿Quiere esto significar, por ejemplo, que no puede haber autoridades “políticas” en las regiones?

5. *Competencias vedadas para las provincias*

El artículo 126 especifica que las provincias no ejercen el poder delegado a la nación, y en una cláusula tal vez redundante, enfatiza de todos modos que no están habilitadas para expedir leyes sobre comercio, navegación interior o exterior, establecer impuestos de tonelaje, ni dictar los códigos de fondo una vez que los hubiere promulgado la nación, nombrar o recibir agentes extranjeros, etcétera. No pueden armar buques de guerra o levantar ejércitos, prosigue el texto, “salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al gobierno federal”.

XIX. SITUACIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

La reforma de 1994 creó en el nuevo artículo 129 de la Constitución una figura *sui generis*, la “Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Con estas características: *a)* posee un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción; *b)* su jefe de gobierno es elegido por el pueblo de tal Ciudad; *c)* se dicta un “estatuto gubernativo de sus instituciones”, que a la postre, se autodenominó “Constitución” de la Ciudad Autónoma; *d)* una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires continúe siendo capital de la República.

Otras normas de la Constitución se refirieron a tal Ciudad Autónoma (que desde luego es diferente a la Provincia de Buenos Aires, que geográficamente la rodea), disponiendo, por ejemplo, que puede ser intervenida por el gobierno federal (artículo 75, inciso 31), y que coparticipa en la distribución de ciertos impuestos que recauda la nación (artículo 75, inciso 2), como que su consentimiento es necesario en temas de determinadas transferencias de competencias, servicios y funciones, y que tendrá representación en el organismo federal encargado de fiscalizar la ley-convenio de coparticipación federal (artículo 75, inciso 2).

En la convención constituyente quedó claro que la Ciudad de Buenos Aires tiene una situación constitucional especial, con menos poderes que una Provincia,³⁴⁵ tipificándose así como un *ente autónomo tutelado*, o si se prefiere, una “cuasi provincia”. La tutela proviene, precisamente, de la ley especial 24.588 que graduó la presencia federal en el territorio capitalino y le delimitó sus competencias.

XX. RELACIONES ENTRE LA NACIÓN Y LAS PROVINCIAS

La “regla de oro” de asignación de competencias entre la nación y las provincias está marcada por el artículo 121 de la Constitución: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. De la lectura del artículo se desprende que es la propia Constitución la que distribuye competencias (“por esta Constitución”), y no la voluntad de las provincias.

Del texto constitucional se desprenden estas categorías de poderes: *a)* los delegados por la Constitución al gobierno nacional; *b)* los concurrentes entre la nación y las provincias; *c)* los conservados por las provincias; *d)* los reservados especialmente por una provincia al momento de su incorporación; *e)* los poderes prohibidos, ya a la nación, ya a las provincias, ya a ambas

Las pautas de relación entre la nación y las provincias han sido definidas jurisprudencialmente por la Corte Suprema, a tenor de los principios de *cooperación o armonía*,³⁴⁶ *adaptación*,³⁴⁷ *prudencia*³⁴⁸ y *lealtad federal*.³⁴⁹

XXI. COMPETENCIAS FEDERALES

Una vez más la Constitución sigue aquí el diseño estadounidense, aunque con ciertos retoques a favor del gobierno central.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 2221.

³⁴⁶ CSJN, *Fallos*, 293:287, “Pucci”.

³⁴⁷ CSJN, *Fallos*, 292:26, “Provincia del Neuquén”, voto de los jueces Covalán Nanclores y Masnatta.

³⁴⁸ CSJN, *Fallos*, “Provincia del Neuquén”, 292:26.

³⁴⁹ CSJN, *Fallos*, 226:408, “Flores de Larrocca”.

1. *Relaciones exteriores*

El artículo 27 confía al gobierno federal la celebración de tratados con las potencias extranjeras, según los principios de derecho público sentados en la Constitución. El objetivo de estos tratados es “paz y comercio”. Dos incisos introducidos en la reforma de 1994 actualizan el contenido de los mismos, porque mencionan los derechos humanos y la integración con otras naciones (artículo 75, incisos 22 y 24).

En materia de elaboración de esos tratados (*treaty making power*), el artículo 99, inciso 11, declara que es el presidente quien concluye y firma los tratados, concordatos y otras negociaciones, recibe sus ministros y admite sus cónsules, pero el artículo 75, inciso 22, puntualiza que es el Congreso quien los aprueba o desecha (en el derecho consuetudinario constitucional, mediante ley). Para dar rango constitucional a un tratado, el artículo 75, inciso 22, menciona un procedimiento más severo, como respecto a los que transfieren competencias a organizaciones supranacionales (artículo 75, inciso 24), aunque estas exigencias son más tenues si se trata de la integración latinoamericana (inciso citado).

La Constitución habla de la “ratificación” en el artículo 31, ya que menciona a tratados “ratificados”. Por derecho consuetudinario, quien ratifica es el presidente. Una vez ratificado, el tratado se incorpora al derecho interno, no requiriéndose otra ley al respecto, según aclaró la Corte Suprema en “Ekmekdjian v. Sofovich”.³⁵⁰

La Corte Suprema ha convalidado, también, a los tratados “ejecutivos”, o acuerdos “en forma simplificada”, no obstante no figurar en el documento constitucional.³⁵¹

Asimismo, la Corte, con referencia a la ejecución de los tratados (*power to enforce*), declaró que corre a cargo del Poder Ejecutivo,³⁵² y que es obligación del Estado dictar las normas de reglamentación y aplicación de tales instrumentos.³⁵³

La Constitución tiene una disposición específica, en el sentido de prever los “concordatos”, o tratados con el Vaticano (artículo 75, inciso 22). Otra cláusula constitucional, el artículo 2o., obliga al gobierno federal a sostener el culto católico apostólico romano. Aunque esto no implique

350 CSJN, *La Ley*, 1992-C-543, “Ekmekdjian”.

351 CSJN, *Fallos*, 249:620, “Todd”.

352 CSJN, *Fallos*, 115:189, “Madame Lynch”.

353 CSJN, *La Ley*, 1992-C-543, “Ekmekdjian”.

que haya en Argentina iglesia oficial, sí importa reconocer a la católica una situación preeminente, según ha dicho la Corte Suprema.³⁵⁴

La denuncia de los tratados fue contemplada también en el artículo 75, incisos 22 y 24 de la Constitución, bajo ciertas condiciones y mayorías parlamentarias.

El presidente nombra y remueve, con acuerdo del Senado, a los ministros plenipotenciarios y encargados de negocios (artículo 99, inciso 7).

Ya dijimos que la declaración de guerra y la paz está a cargo del presidente, con acuerdo y aprobación del Congreso (artículos 75, inciso 25, 99 inciso 15). La Corte ha reputado a la declaración de guerra como cuestión no justiciable.³⁵⁵

El ingreso de tropas extranjeras, y la salida de las nacionales requiere el permiso del Congreso (artículo 75, inciso 28). En ocasión de la “guerra del golfo” (1990), se discutió si bastaba un decreto presidencial para enviar dos navíos al teatro de operaciones, para sumarse a fuerzas de Naciones Unidas, cumpliendo solamente funciones pacíficas. Finalmente, el Congreso sancionó la ley 23.904, admisoría de tal aporte.

2. Defensa y seguridad

El Preámbulo de la Constitución fija, entre los objetivos de la Constitución, “consolidar la paz interior” y “proveer a la defensa común”. A su turno, la Corte Suprema ha dicho que la existencia de poderes de guerra en la Constitución tienen por fin salvaguardar la integridad y la independencia de la República, y son competencias anteriores y, llegado el caso, superiores a la Constitución.³⁵⁶

Si perjuicio de lo que se comenta aquí en materia de guerra, la Constitución obliga al Congreso a proveer a la seguridad de las fronteras (artículo 75, inciso 16).

Las fuerzas armadas son organismos necesarios, previstos por la Constitución (artículos 99, inciso 14, y 75, inciso 27). Reguladas por la ley de defensa nacional 23.554, tienden a ser nacionales desde la ley 4031. La Constitución distingue un “poder de organización”, en manos del Congreso, y un “poder de mando”, ejercido por el presidente, según aquellos

354 CSJN, *Fallos*, 53:188, “Correa”.

355 CSJN, *Fallos*, 211:162, “Merck Argentina”, y 211:497, “Química Bayer”.

356 CSJN, *Fallos*, 211:162, “Merck Argentina”.

incisos. Dichas atribuciones han sido consideradas por la Corte Suprema como cuestión política no justiciable.³⁵⁷

El presidente es quien nombra a quienes desempeñan los empleos militares de la nación, con acuerdo del Senado en la concesión de grados oficiales superiores (coronel, capitán de navío y comodoro, según el derecho consuetudinario), y por sí solo en el campo de batalla (artículo 99, inciso 13, de la Constitución).

Hemos visto que todo ciudadano está obligado a armarse en defensa de la Patria y de la Constitución (artículo 21), precepto constitucional que autoriza el servicio militar obligatorio. En “Portillo”, la Corte Suprema admitió la objeción de conciencia, sustentada en la libertad de cultos y de creencias (artículo 14), en periodos de paz, aunque eso no eximía de prestar aquel servicio militar, sin portar armas.³⁵⁸ Actualmente la ley 24.439 admite la referida objeción, y por lo demás, el servicio militar ha dejado de ser compulsivo.

3. *Competencias legislativas en materia de derecho federal, común y local*

La Constitución no autoriza la labor legisferante del Congreso, o la del presidente mediante decretos, en cualquier materia.

Dicha competencia normativa existe, primero, en cuanto el “derecho federal”, que refiere a la estructuración de los poderes del gobierno nacional, y también de ciertas materias donde existe un interés federal (*v. gr.*, estupefacientes, abastecimiento, tenencia de armas de guerra, ciudadanía, creación de un banco nacional, servicio militar, impuestos nacionales, etcétera).³⁵⁹

También autoriza el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, y al revés de los Estados Unidos, la competencia normativa de la nación en materia del “derecho común” (códigos civil, comercial, penal, de minería, del trabajo y seguridad social, y sus leyes complementarias). Se trata de normas de derecho privado y público, algunas, además, de orden público.³⁶⁰ Ese “derecho común” es por definición igualitario en toda la Repú-

³⁵⁷ CSJN, *Fallos*, 303:1072, “De la Torre”, voto del juez Black; 305:657, “Guillén”.

³⁵⁸ CSJN, *Fallos*, 312:496.

³⁵⁹ CSJN, *Fallos*, 301:673, “Roldán”; 300:511, “Palmar Bs. As.”; 304:1820, “Rodríguez”, etcétera.

³⁶⁰ CSJN, *Fallos*, 301:871, “Pírez”.

blica, pero la Corte Suprema ha admitido que pueda haber modalidades según las zonas, y por ende, no debe ser necesariamente idéntico para todo el país.³⁶¹ Las provincias no están habilitadas para dictar tales códigos, una vez que lo haya hecho la nación (artículo 126).

Igualmente posee el Congreso competencias para pronunciar amnistías “generales” (artículo 75, inciso 20), que importan despenalizar delitos. El texto es muy amplio, aunque la Corte ha dicho que no es viable la amnistía respecto de los hechos contemplados por el artículo 29 de la Constitución (concesión de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo,³⁶² y en cuanto los delitos atroces.³⁶³ La facultad de amnistiar también está recortada por el derecho internacional público, respecto por ejemplo de delitos de lesa humanidad y de crímenes de guerra reputados imprescriptibles (Corte Suprema, caso “Simón”, sentencia del 14/6/05).

Desde luego, el Congreso está en condiciones de dictar normas procesales para los juicios que se tramiten ante los jueces nacionales. También está habilitado por jurisprudencia de la Corte Suprema para sancionar reglas procesales aplicables en las justicias provinciales, con relación a los códigos de derecho común, cuando ellas fueren razonablemente necesarias para ejercitar los derechos que comprende esa legislación común.³⁶⁴

La Constitución confiere competencias legislativas al Congreso para ejercer una legislación exclusiva en la capital de la nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos en los establecimientos de utilidad nacional que estén en el territorio de las provincias (artículo 75, inciso 30). No obstante, después de la reforma de 1994, la ciudad de Buenos Aires es erigida como gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y una ley determina los intereses del Estado nacional mientras Buenos Aires sea capital de la nación (artículo 129). Por tanto, la aptitud legisferante del gobierno federal en dicha ciudad es relativa, circunscripta a los aludidos “intereses” nacionales.

361 CSJN, *Fallos*, 191:170, “Sanz”.

362 CSJN, *Fallos*, 247:387, “Perón”.

363 CSJN, *Fallos*, 310:1162, “Camps”.

364 CSJN, *Fallos*, 271:36, “Spinetto”; 297:458, “Turia”.

4. *Competencias judiciales*

El artículo 116 realiza un gran deslinde de competencia en materia judicial.

En apretada síntesis, los tribunales federales entienden, *por razón de la materia*, en las causas concernientes a puntos regidos por la Constitución, por los tratados y por las leyes de la nación (en rigor de verdad, solamente por las leyes de “derecho federal”, y no del derecho común: véase apartado anterior), así como, de manera especial, las causas “de almirantazgo y jurisdicción marítima”, y *por razón de las personas*: causas donde la nación sea parte, o suscitadas 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 extranjero. En estos casos, la Constitución ha procurado tornar efectivo al derecho federal, o asegurar la imparcialidad de las decisiones judiciales, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros.³⁶⁵ En la práctica, la legislación y la jurisprudencia (en particular de la Corte Suprema) han moldeado, extendido o comprimido la regla constitucional. Valga una sola muestra: los procesos penales donde esté acusado un extranjero no van a la judicatura federal, no obstante el claro texto del artículo constitucional 116, porque la ley reglamentaria 48 (y también la ley 1893), restringió esa competencia a las causas *civiles* en los que es parte el ciudadano extranjero. Tampoco se giran a la justicia federal los pleitos laborales del mismo extranjero.³⁶⁶ Una tercer fuente de competencia federal es por *razón del lugar*, con base en hechos acaecidos en donde operen establecimientos de utilidad nacional, siempre que en el caso estuvieren en juego intereses federales comprometidos.³⁶⁷

La jurisdicción federal, de todos modos, es limitada y de excepción,³⁶⁸ aunque resulta prorrogable (esto es, renunciable) a favor de las justicias provinciales, cuando es por razón de las personas.³⁶⁹

Ciertos asuntos propios de la jurisdicción federal son de competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia: los relativos a

365 CSJN, *Fallos*, 311:489, “Wilensky”.

366 Para una descripción actualizada de la competencia de la justicia federal, nos remitimos a nuestros *Elementos de derecho constitucional*, cit., nota 94, pp. 135 y ss.

367 CSJN, *Fallos*, 311:1389, “Rodríguez”.

368 CSJN, *Fallos*, 232:17, “Hachiche”, 304:289, entre muchos otros.

369 CSJN, *Fallos*, 247:414, “Díaz Remo”, 294:62, “Sanzuber”, entre otros.

embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y aquellos procesos en los que alguna provincia fuese parte (artículo 117 de la Constitución). Esa competencia de la Corte no es ampliable ni restringible,³⁷⁰ aunque de hecho así ha ocurrido (por ejemplo, extendiéndose para causas donde estén involucrados jefe de Estado extranjeros, y hasta sus esposas, actuando en funciones oficiales),³⁷¹ mientras que si es parte una provincia, la jurisprudencia de la Corte demanda que estén en juego temas de derecho federal.³⁷² En los demás procesos relativos a la jurisdicción federal, o en los tramitados en las provincias donde se debatan temas de derecho federal, entiende por medio de apelación (ordinaria o extraordinaria), según lo determine el Congreso (artículo 117).

La jurisdicción *ordinaria* es la que compete a las provincias, y es la no federal. Un situación peculiar se presenta en la Ciudad autónoma de Buenos Aires, donde los jueces de la misma todavía no ejercen con plenitud las competencias propias de jueces de provincia, ya que muchos de los asuntos atinentes a la jurisdicción ordinaria siguen en manos de jueces nacionales, conforme la posibilidad que brinda el artículo 129 de la Constitución.

Conviene alertar que la Constitución otorga al presidente la facultad de indultar y conmutar penas, a tenor del artículo 99, inciso 5, de la Constitución, por delitos sometidos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, salvo los casos de acusación por la Cámara de Diputados. Dado que el indulto puede ser instrumentado para morigerar penas o corregir errores judiciales o rigorismos de la ley penal, algunos divisan en esa competencia presidencial el ejercicio de roles cuasi jurisdiccionales en lo que hace al derecho penal. Es del caso advertir, asimismo, que aquella atribución puede verse hoy limitada por el derecho internacional público respecto de los delitos de fuente internacional, o de lesa humanidad.

5. *Competencias federales en materia presupuestaria, tributaria, económica y comercial, y de fomento*

Este tema, complejo y cambiante, comprende varios asuntos.

370 CSJN, *Fallos*, 312:1875, “Acuña”.

371 CSJN, *Fallos*, 301:312.

372 CSJN, *Fallos*, 311:2154, “Castro”; 311:3725, “Neuquén TV”.

A. *Presupuesto nacional*

El presupuesto anual, llamado a veces en Argentina “ley de leyes”, debe iniciar su trámite en la Cámara de Diputados (es una tradición coincidente con el artículo 52, que da a dicha Sala iniciativa en la consideración de tributos), y es presentado por el jefe de Gabinete, previo tratamiento en acuerdo de ministros y aprobación por el jefe de Estado (artículo 100, inciso 6). También al jefe de Gabinete le toca hacer recaudar las rentas de la nación y ejecutar la ley de presupuesto (artículo 100, inciso 7), bajo supervisión presidencial (artículo 99, inciso 10).

En cuanto su contenido, el artículo 75, inciso 8, de la Constitución remite a pautas del inciso 2 del mismo artículo: equidad, solidaridad y prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. El miembro coinformante del despacho mayoritario en la asamblea constituyente de 1994 destacó que esas directrices indicaban que el presupuesto era fundamentalmente un instrumento de gobierno y herramienta de planificación económica.³⁷³

También le corresponde al Congreso aprobar o desechar la cuenta de inversión (artículo 75, inciso 8), tarea a menudo desatendida o tratada con morosidad por el Poder Legislativo.

B. *Deslinde entre tributos nacionales y provinciales*

Respecto al sistema de tributos nacionales, la Corte Suprema ha señalado que tiene por meta recaudar fondos pero también operar como un instrumento de regulación de la vida económica, e impulsar el desarrollo pleno y justo de las fuerzas productivas.³⁷⁴

La imposición de tributos responde al “principio de legalidad”, o de “reserva de la ley”, vale decir que deben ser establecidos por el Congreso mediante ley formal (artículos 4o. y 75, inciso 4).³⁷⁵ No son válidos los dispuestos por decretos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3, de la Constitución), pero la Corte ha admitido algunos decididos por

373 Convención nacional constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, p. 3177.

374 CSJN, *Fallos*, 289:443, “Montarce”; 307:360, “Norwick”.

375 CSJN, *Fallos*, 294:152, “Ventura”, y 312:912, “Fleischmann”.

decretos mediante delegación legislativa, dentro de ciertos topes y máximos,³⁷⁶ tesis ciertamente discutible.

El artículo 4o. demanda que los tributos sean equitativos y proporcionales a la población, frase que, según la Corte Suprema, da pie a los principios impositivos de igualdad y generalidad,³⁷⁷ complementados por los de irretroactividad, razonabilidad y no confiscatoriedad.³⁷⁸

Según la distribución tributaria que establece la Constitución, el escenario impositivo es el siguiente.

- Los impuestos de exportación e importación son exclusivamente federales, y uniformes en todo el país (artículo 75, inciso 1).³⁷⁹
- Hay tributos concurrentes entre la nación y las provincias: los impuestos indirectos, que gravan generalmente al consumo (artículo 75, inciso 2).
- Los impuestos directos (*v. gr.*, sobre las ganancias, inmuebles, la riqueza) son normalmente propios de las provincias; pero “por tiempo determinado”, y “siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan”, también lo son para la nación, debiendo en este caso resultar proporcionalmente iguales en todo el territorio de la República. Como regla, salvo que tengan asignaciones específicas, son coparticipables con las provincias. Antes de la reforma constitucional de 1994 no se discutía la excepcionalidad de tales impuestos, para la nación. En el seno de la convención constituyente, el miembro informante del despacho mayoritario no insistió en esa rareza: dijo que eran concurrentes para las provincias y la nación, aunque para ésta, bajo ciertas condiciones.³⁸⁰
- Hay contribuciones prohibidas para las provincias, como los derechos de importación y exportación (artículo 75, incisos 1 y 126) y los derechos de tonelaje (artículo 126).
- Finalmente, hay tributos prohibidos tanto para la nación como para las provincias: *v. gr.*, los “derechos de tránsito” (artículo 11) para el interior de la República; los derechos de tránsito para buques (artículo 12).

376 CSJN, *Fallos*, 230:28, “Nación Argentina”.

377 CSJN, *Fallos*, 188:403, “Coria”, 190:277, “Bafico”.

378 CSJN, *Fallos*, 312:2467, “de Herrera Vegas”; 271:7, “Esso”.

379 CSJN, *Fallos*, 307:374, “Agencia San Blas”.

380 Convención nacional constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, p. 3174.

C. Régimen de coparticipación. Ley convenio

El nuevo artículo 75, inciso 2, dio rango constitucional a una serie de mecanismos existentes entre la nación y las provincias, como el “sistema de coparticipación”, referido a los impuestos nacionales indirectos y a los directos, salvo los aduaneros y a los que tengan asignaciones o fines específicos, contemplados en el inciso 3 del artículo 75.

El instrumento jurídico del sistema de coparticipación es la “ley convenio”, con base en acuerdos entre la nación y las provincias, instrumento propio de un *aggiornado* federalismo, primero “negociado”, y luego “de concertación”, como bien lo ha denominado Pedro J. Frías.³⁸¹ No hubo en la convención constituyente una respuesta clara acerca de qué ocurría si una o más provincias no deseaban adherirse a esa futura ley.³⁸² La referida ley, en lo que hace a la nación, debe tener origen en el Senado y contar sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. No puede ser reglamentada ni modificada unilateralmente. Requerirá la aceptación de las provincias (artículo 75, inciso 2), y aunque el texto constitucional no lo diga, también de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que dicha ley convenio se referirá a sus ingresos.

En cuanto su contenido, el reparto (con automaticidad en la remisión de los fondos por parte del ente recaudador, la nación) tendrá en cuenta las competencias, servicios y funciones de cada una de las provincias, con criterios objetivos de reparto, más equidad, solidaridad y con el prioritario logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio argentino. La imprecisión e indeterminación de estos conceptos es harto llamativa.

La Constitución prevé un ente de fiscalización de la ley convenio, que según el miembro informante del despacho mayoritario, equivaldría a la actual Comisión Federal de Impuestos.³⁸³

Una cláusula transitoria de la reforma, la sexta, disponía que tal ley debía dictarse antes de finalizar 1996, cosa que no ha ocurrido.

381 Frías, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 54.

382 Convención nacional constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, p. 3800/1.

383 *Ibidem*, pp. 3805 a 3808.

D. Otras fuentes constitucionales de ingresos

Además de los tributos señalados, el artículo 4o. de la Constitución habilita al gobierno federal para contraer empréstitos, y ello se conecta con el artículo 75, inciso 7, que atribuye al Congreso “arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la nación”. En la práctica, el protagonismo de estas gestiones ha correspondido al Poder Ejecutivo.

La Constitución menciona como posibles métodos de percepción de fondos la venta y locación de tierras nacionales (artículo 4o.), las rentas de correos (*idem*) y las “demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general”. Al respecto, la Corte admitió la constitucionalidad de las tasas, en retribución a una concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio hacia el contribuyente.³⁸⁴ También aceptó la constitucionalidad del sistema de peaje, aunque no hubiere una vía alternativa de circulación para quien circule.³⁸⁵

Un régimen espúreo de ingresos ha sido el “ahorro forzoso”, mediante el cual el estado requirió a los particulares fondos que después devolvió depreciados por la inflación, pese a lo cual el sistema fue declarado constitucional por la Corte Suprema.³⁸⁶

E. Competencias comerciales, financieras y de fomento de la nación

Con la idea de facilitar el libre intercambio y circulación de productos en el interior del país, y de regular soberanamente su relación con las demás naciones, sin interferencias provinciales, la Constitución, indica la Corte Suprema,³⁸⁷ dejó en manos del Congreso nacional reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí (artículo 75, inciso 13). Las comunicaciones, la radiodifusión, han sido incluidas en este concepto.³⁸⁸ Ello se complementa con la atribución constitucional al Congreso de reglamentar la libre navegación de ríos, habilitar puertos (artículo 75, inciso 10), emitir moneda (artículo 75, inciso 11, aunque cuidando su valor: artículo 75, inciso 19); reprimir la falsificación de

384 CSJN, *Fallos*, 251:51 (“Swift”), t 312:1575 (“Cía. Química”).

385 CSJN, *La Ley*, 1991-D-399, caso “Arenera El Libertador”.

386 CSJN, “Doctrina Judicial”, 1996-I-45, caso “Horvath”.

387 CSJN, *Fallos*, 298:392 (“Remolcador Guarani”).

388 CSJN, *Fallos*, 269:92, “Transradio Internacional”; 299:149, “Cía. de Teléfonos”.

moneda (artículo 75, inciso 12), adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas (artículo 75, inciso 11), dictar el código de comercio y la ley de bancarrotas (artículo 75, inciso 12), establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emisión de moneda, así como otros bancos nacionales (artículo 75, inciso 6), etcétera. De esas normas se ha desprendido también la jurisdicción nacional en materia financiera y bancaria.³⁸⁹

El artículo 75, inciso 18, incluye a su vez la llamada “cláusula de la prosperidad”, o “del progreso”, donde asigna al Congreso tareas de promoción de la prosperidad de país, su adelanto y bienestar, el progreso de la ilustración, industria, construcción de ferrocarriles, colonización de tierras, nuevas industrias, importación de capitales extranjeros, etcétera. Este listado de objetivos, indica la Corte Suprema, es meramente enunciativo,³⁹⁰ y debe respetar los derechos personales, y los de las provincias.³⁹¹ El Estado puede ser empresario (artículo 4o., Constitución), pero el artículo 75, inciso 18, parece más bien afiliarse al principio de subsidiaridad. Puede otorgar privilegios, exenciones tributarias y recompensas.

Un nuevo inciso del artículo 75, el 19, destaca que el desarrollo debe ser humano, con justicia social, destinado a la productividad de la economía nacional, la generación de empleos, la formación profesional de los trabajadores, el desarrollo científico, etcétera. El crecimiento económico y el poblamiento deben atender políticas diferenciadas tendientes a equilibrar el desigual desarrollo de provincias y regiones. También puede el Congreso otorgar subsidios a las provincias (artículo 75, inciso 9), facultad que ha sido ejercida con fuertes críticas acerca de posibles favoritismos y discriminaciones en cuanto las beneficiadas.

En materia de educación y cultura, la reforma de 1994 estableció, respecto de lo primero, que las leyes de organización y de base tienen que consolidar la unidad nacional respetando las particularidades provinciales. Habla de una responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y de la sociedad, la promoción de valores democráticos y la igualdad de oportunidades sin discriminación alguna; la autarquía de las universidades nacionales, y la gratuidad y equidad de la educación pública. Obliga a la nación, finalmente, a dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las

389 CSJN, “El Derecho”, 147-362, “Chubut”.

390 CSJN, *Fallos*, 183:190, “Ferrocarril del Sud”.

391 CSJN, *Fallos*, 247:646 (“Fernández Arias”).

obras de autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales (artículo 75, inciso 19).

XXII. COMPETENCIAS TRIBUTARIAS PROVINCIALES

A más de lo indicado precedentemente sobre la situación jurídica de las provincias y distribución impositiva entre la nación y las provincias, cabe tener presente que para la Corte Suprema las provincias, en el ámbito de sus competencias, pueden establecer libremente impuestos y determinar los medios para distribuirlos en la forma y alcances que les parezca más convenientes, así como establecer sanciones pecuniarias para asegurar la percepción de sus rentas.³⁹² Así, cabe recordarlo, tienen prohibiciones constitucionales como establecer aduanas o derechos de tonelaje, o imponer impuestos de exportación o importación. Por lo demás, sus tributos deben gravar cosas u operaciones realizadas en el ámbito territorial de cada una de ellas,³⁹³ y no pueden, con su poder impositivo, afectar las políticas del gobierno federal en el área propia del mismo.³⁹⁴

Como en algunas cuestiones tienen poderes concurrentes (*v. gr.*, ciertos impuestos indirectos y directos), puede haber doble imposición entre ellas y la nación, posibilidad que no es forzosamente inconstitucional, según la Corte Suprema,³⁹⁵ en tanto cada una haya actuado en el ámbito de sus competencias, aunque ello, destaca la doctrina, debe provocar políticas de armonización a fin de evitar el acoso impositivo al contribuyente.

Las provincias pueden establecer bancos, pero sin facultad de emitir moneda papel (salvo que cuenten con autorización del gobierno federal: artículo 126 de la Constitución). De hecho, en varios momentos han emitido “bonos” o instrumentos similares a la moneda (actualmente erradicados), denominados de diverso modo: “patacones”, “federales”, “cecor”, etcétera. Importan una violación a este artículo constitucional. Por lo demás, nunca pueden “acuñar moneda” (artículo 126 citado).

392 CSJN, *Fallos*, 286:301, “Indunor”; 312:149, “Cosecha Seguros”.

393 CSJN, *Fallos*, 286:301, “Indunor”.

394 CSJN, *Fallos*, 307:374, “Agencia San Blas”.

395 CSJN, *Fallos*, 311:1459, “López Saavedra”; 249:657, Huarte”, etcétera.

XXIII. LA INTERVENCIÓN FEDERAL

El artículo 60. de la Constitución confiere al gobierno federal una herramienta política vital y temible a la vez, tal como se la ha instrumentado en la experiencia argentina. La norma indica que dicho gobierno “interviene en el territorio de las provincias”, para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia.

Idealmente, esa atribución federal es parte de la “garantía” que el gobierno nacional debe tener respecto de las provincias, según el artículo 50. *in fine* de la Constitución. En los hechos, so pretexto de garantizar la forma republicana de gobierno, se la ha ejercitado para deponer autoridades provinciales que habían sido electas con base en comicios locales fraudulentos (esto se llamó la “doctrina Yrigoyen”), o cuando pese a haber sido bien electas, a criterio del gobierno central era necesario reemplazarlas para garantizar la libertad de sufragio en una futura elección; o para resolver conflictos de poderes locales (*v. gr.*, la violenta disolución de una Legislatura provincial por un gobernador), o para terminar con situaciones “manifiestamente inconciliables con el decoro político y la alta cultura política del país”, o ante vacíos de poder, situaciones de terrorismo y subversión, conflictos internos de partidos políticos o entre el partido político oficialista provincial y el nacional, o simplemente ante controversias entre las autoridades provinciales y las federales, etcétera. Una causal no expresamente citada en el artículo 60., ha sido el alzamiento de una provincia contra la nación, caso en el que se practicó en 1860 la intervención federal.³⁹⁶

Según el nuevo artículo 75, inciso 31, de la Constitución, la intervención federal en las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe ser dispuesta por el Congreso, y durante su receso, por el Poder Ejecutivo. En este último caso, reinstalado el Congreso, tiene que aprobarla o revocarla.

En la práctica argentina (no así en la estadounidense, con un texto constitucional relativamente similar) la intervención federal provoca ha-

³⁹⁶ *Cfr.* sobre el tema Sola, Juan Vicente, *Intervención federal en las provincias*, Buenos Aires, 1982, p. 127 y ss.; Sagüés, Néstor Pedro, “La intervención federal en los EE.UU. y Argentina. Un enfoque comparatista”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Cuadernos de federalismo*, Córdoba, 1987, pp. 131 y ss.

bitualmente la remoción de las autoridades locales, incluyendo las judiciales. El “comisionado” o interventor federal ejerce competencias ejecutivas y legislativas locales (algunas veces hasta ha actuado como poder constituyente), depone y nombra jueces. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema, la intervención no significa que el gobierno federal ejerza en ella una jurisdicción absoluta y exclusiva, ni que se extinga la personalidad de la provincia, o que su entidad patrimonial desaparezca o quede disminuida.³⁹⁷ El mismo alto tribunal ha entendido que la declaración de intervención pr parte del gobierno federal es una cuestión política no justiciable,³⁹⁸ pero en “Rossi Cibils”³⁹⁹ abordó ciertos aspectos del tema. En “Tissenbaum” confirmó un fallo de un Superior Tribunal local que reputó cuestión justiciable un a destitución por el comisionado federal de un juez local, invalidándola.⁴⁰⁰

En sentido positivo, cabe destacar que en las dos últimas décadas el instituto de la intervención federal, si bien se lo ha aplicado, no ha sido en tanto número (solamente se dispusieron cerca de cinco).

XXIV. EL RÉGIMEN MUNICIPAL. DISEÑO CONSTITUCIONAL Y APLICACIONES EN PROVINCIAS

El nuevo artículo 129 de la Constitución, sancionado también en la reforma de 1994, obliga a las provincias a asegurar un régimen municipal autónomo, en cinco órdenes: institucional, político, administrativo, económico y financiero.

Esto significaba, de algún modo, una interferencia federal en el seno de las provincias, como se reconoció por el miembro informante del despacho mayoritario, quien agregó que la autonomía institucional de los municipios implicaba que cada provincia debía permitirles acceder al grado mayor de autonomía, “que es el municipio de convención” (en éste, dichos entes locales sancionan su propia “carta” local, equivalente a una Constitución comunal). La autonomía política implicaba que los municipios debían elegir a sus propias autoridades, y la económica y financiera, que podían generar sus propias rentas.⁴⁰¹ Si a esto se suma que el

397 CSJN, *Fallos*, 154:192 (“Orfila”) y 206:431 (“Ferrocarril Central Argentino”).

398 CSJN, *Fallos*, 53:420, “Cullen vs .Llerena”, y otros.

399 CSJN, *Fallos*, 315:2074.

400 CSJN, “La Ley” 154-371.

401 Convención nacional constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, pp. 3190 y 3191.

artículo 75, inciso 30, confiere a los municipios poderes de policía “e imposición”, se infiere que también podrían establecer impuestos.

Si bien muchas provincias han articulado en sus Constituciones reglas autonómicas amplias para los municipios, en consonancia con el artículo 123 de la Constitución federal, ello no ocurre en todas. En las faltantes, hay una situación de inconstitucionalidad por omisión o por negación.

En síntesis, los municipios tienen poderes propios por voluntad del constituyente nacional. Debe apuntarse, no obstante, que la jurisprudencia de la Corte Suprema sigue reputando a la autonomía municipal como consecuencia derivada de la provincia a la que pertenecen.⁴⁰²

XXV. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN. CONSTITUCIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES

El artículo 31 de la Constitución sienta expresamente el principio de supremacía constitucional, en el sentido que “Esta Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación”. Agrega que las autoridades provinciales deben conformarse a lo señalado. Concordantemente, el artículo 27 indica que los tratados con las naciones extranjeras deben conformarse con “los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

De lo dicho se desprende que puede haber leyes y tratados inconstitucionales, por ser opuestos a la Constitución, tanto en su letra como en su ideología.

Con la reforma de 1994, el constituyente concedió rango constitucional a ciertos instrumentos internacionales (artículo 75, inciso 22), y permitió que el Congreso otorgara a otros igual condición, con un trámite y mayorías especiales para tal decisión. Respecto de los primeros, puntualizó que esa jerarquía constitucional lo era “en las condiciones de su vigencia... no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

La rebuscada redacción de la última parte de la cláusula que citamos se explica, históricamente, por el requerimiento de ciertos sectores temerosos de que algunos derechos insertados en tales documentos interna-

402 CSJN, “Doctrina Judicial”, 1997-3-531, “Telefónica de Argentina”.

cionales, como el de réplica, pudiesen afectar la libertad de expresión declarara en el antiguo artículo 14, operando la réplica como una especie de censura.

De todos modos, ha quedado en duda cuál es la regla efectivamente suprema, de haber un conflicto entre un precepto de la Constitución y otro de un tratado con jerarquía constitucional, integrando todas estas normas un “bloque de constitucionalidad”.

Una tesis, expuesta en la convención constituyente por el miembro informante del despacho mayoritario, Barra, patrocina la doctrina de los dos tramos. Si la controversia se plantea entre un tratado y alguna norma de la primera parte de la Constitución, triunfa esta última; y viceversa, de darse la confrontación con un artículo de la segunda parte de la Constitución.⁴⁰³ Es la doctrina que más coincide con el texto de la Constitución, y hemos adherido a ella.

Una segunda postura, sostenida por el otro miembro informante del despacho mayoritario, Cafiero, enseña que debe preferirse la regla más propicia para la persona, independientemente de dónde esté (si en el tratado o en la Constitución: principio *pro homine*).⁴⁰⁴

La tercera posición explica que dado que la convención constituyente no podía retocar punto alguno de la primera parte de la Constitución (artículo 7o. de la ley 24.309), y en ese sector están los artículos 31 y 27 que ya mencionamos, toda confrontación debe resolverse a favor de la primacía de la Constitución.

La cuarta postura, sostenida por diversos jueces de la Corte Suprema en varios pronunciamientos (aunque, al parecer, nunca hubo una clara mayoría de cinco miembros sobre el tema), indica que el constituyente hizo ya en 1994 un análisis de compatibilidad entre la Constitución y los instrumentos internacionales del artículo 75, inciso 22, de tal modo que no había oposición alguna, y que en todo caso los jueces deben realizar una interpretación armonizante que los compatibilice.⁴⁰⁵ Esta tesis, que parte de una presunción de evaluación hecha por el constituyente (aunque no demostrada), no resuelve, por lo demás, el problema de los tratados “constitucionalizados” por el Congreso, después que la constituyente terminó su labor, y que hasta ahora se concentra en dos convenciones: la

403 Convención nacional constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, p. 2836.

404 *Ibidem*, p. 2857.

405 CSJN, “Jurisprudencia Argentina” 1997-II-550, “Chocobar”; “La Ley” 1997-C-143, “Monges”.

interamericana sobre desaparición forzada de personas y la concerniente a imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (que cuentan con rango constitucional merced a las leyes 24.820 y 25.778).

Debe tenerse presente, por lo demás, que en la década de los cincuenta la Corte Suprema afirmó en “Merck Argentina” que en periodos de guerra todos los tratados prevalecen sobre la Constitución,⁴⁰⁶ y que respecto de los tratados comunes, no constitucionalizados, el nuevo texto constitucional los declara superior a las leyes (artículo 75, inciso 22), pero no a la Constitución, aunque una fuerte tendencia internacionalista, con base en los artículos 27 y 46 la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (aprobada por Argentina por ley 19.865), con base en los principios del derecho de gente *pacta sunt servanda* y *bona fide*, sostiene que Argentina rara vez podría eximirse del cumplimiento de tratados internacionales invocando normas de derecho interno (incluyendo a la Constitución).

Cabe rememorar, igualmente, que el artículo 75, inciso 24, de la Constitución prescribe que, bajo ciertas condiciones, el Congreso puede aprobar tratados que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, que respeten el orden democrático y los derechos humanos, y que las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. Estas “normas dictadas en su consecuencia” serían las provenientes de esos organismos supranacionales a quienes se hubieran transferido las competencias nacionales. Pero, asimismo, si es válida la transferencia de tales competencias, de hecho esos tratados de delegación importan modificaciones indirectas de la Constitución argentina, en el cupo de atribuciones traspasadas.

Un problema paralelo es el de la posible incompatibilidad entre dos instrumentos internacionales con el mismo nivel de constitucionalidad para Argentina. El tema, no imposible tratándose de documentos nacidos en fuentes jurídicas y en momentos disímiles, podría en principio resolverse de acuerdo con el principio vigente en materia de interpretación de tratados sobre derechos humanos, *pro homine* (escoger la norma más favorable para la persona), y de haber paridad, por extensión, con la doctrina “*lex posterior derogat priori*”, o de la especialidad (prevalece la disposición específica sobre la general).

406 CSJN, *Fallos*, 211:162.

XXVI. ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Cabe interrogarse sobre la vigencia y supremacía de la Constitución durante tales periodos.

1. *Guerra*

La Constitución admite la declaración de guerra, por el presidente con autorización y aprobación del Congreso (artículos 75, inciso 25, 99, inciso 15).

Pero la declaración de guerra no importa necesaria ni automáticamente la declaración del estado de sitio (aunque pueda provocarlo), ni la suspensión de la Constitución. No obstante, tiene que tenerse presente la tesis de la Corte Suprema, ya mencionada en el apartado anterior, del caso “Merck Argentina”, en el sentido que durante la guerra prevalece el derecho internacional aun sobre la Constitución.

2. *Estado de sitio*

Es una medida contemplada por la Constitución, de tipo extraordinario, subraya la Corte Suprema, a utilizar en momentos extraordinarios.⁴⁰⁷ Como causales, la Constitución menciona dos (artículo 23) conmoción interior y ataque exterior “que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella”.

Según la doctrina, puede tener carácter preventivo y reparador.⁴⁰⁸

A tenor de la ley suprema, quien puede disponerlos son las siguientes autoridades: para el supuesto de conmoción interior, el Congreso (artículos 75, inciso 29 y 99, inciso 16). Si se encuentra en receso, el presidente (artículo 75, inciso 29). Cuando el Congreso reinicie sus actividades, tiene que aprobarlo o suspenderlo (artículo 75, inciso 29). Para el caso de ataque exterior, es el presidente, con acuerdo del Senado (artículo 99, inciso 16). No indica la Constitución qué pasa si el Senado está en receso. En la experiencia concreta, algunas veces fue declarado por el presidente *ad referendum* del Senado; en otras, directamente.⁴⁰⁹

407 CSJN, *Fallos*, 307:2284; “Granada”, 307:2320, “Rodríguez”.

408 Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 94, pp. 98 y ss., texto que aquí reseñamos en el tema del estado de sitio.

409 *Ibidem*, p. 100.

El artículo 99, inciso 16, de la Constitución señala que cuando el estado de sitio es declarado por el presidente en caso de ataque exterior, debe serlo “por un término limitado”. La Corte Suprema, ante experiencias distintas registradas en la historia local, terminó por sostener que la determinación de un plazo es algo obligado para la validez de la declaración de dicha medida de excepción.⁴¹⁰

Con relación al lugar donde se lo aplica, el artículo 23 menciona “la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden”. En la práctica, muchas veces se lo ha efectivizado en zonas ajenas a todo conflicto. La Corte Suprema ha dicho que es constitucional la declaración para todo el país, si a juicio de quien debe declararlo, así es necesario.⁴¹¹ Para el mismo tribunal, si bien no es justiciable (todavía) la declaración en sí del estado de sitio, de todos modos explica que sí lo es el recaudo de la determinación del lugar donde se lo cumple (caso “Granada”).⁴¹²

Uno de los temas más debatidos ha sido el de los efectos de la declaración del estado de sitio. El artículo constitucional 23 advierte que durante el mismo, quedan “suspensas allí las garantías constitucionales”. A renglón seguido, agrega que durante tal suspensión no podrá el presidente condenar por sí ni aplicar penas, y que su poder se limita, 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.

El texto constitucional ha dado lugar a distintas posibles interpretaciones: *a)* una, de máxima, entiende que pueden suspenderse todos los derechos y garantías; *b)* otra, de mínima, exclusivamente la libertad de circulación; *c)* una tercera, aquellos derechos cuyo recorte es necesario para enfrentar el estado de sitio. Ésta es la corriente *finalista* (Bidart Campos) que ha ido prevaleciendo en la práctica (caso “Editorial Sarmiento”).⁴¹³ Como libertades habitualmente restringidas en ocasión del estado de sitio, además de la ambulatoria, han sido las de reunión, expresión y huelga; pero ha aumentado considerablemente una cuestión otrora no justiciable (*political question*), pero hoy sí debatida por los tribunales, como es la *razonabilidad* de los decretos del Poder Ejecutivo limitativos de los derechos, evaluación judicial que se hace en un doble sentido: control de

410 Fallos citados en nota 377.

411 CSJN, *Fallos*, “Aya Tortales”, sentencia del 7/2/34, citado por Rébora, Juan C., *El estado de sitio*, La Plata, 1935.

412 CSJN, *Fallos*, 307:2284.

413 CSJN, *Fallos*, 293:560, “Editorial Sarmiento”.

causalidad (el acto que provoca la restricción debe tener conexión con los motivos que legitiman la declaración del estado de sitio) y control de proporcionalidad (la limitación no debe ser exagerada, o absurda).

También tienen los particulares durante el estado de sitio el “derecho de opción” o de “extrañamiento”, que es el de salir del territorio argentino, conforme puntualiza la última parte del artículo 23 de la Constitución. Si es negado, la acción para reclamarlo es el hábeas corpus.

Recordamos que durante el estado de sitio no quedan suspendidos ni el amparo ni el hábeas corpus.

3. *Suspensión de derechos y garantías*

Debe tenerse presente que el artículo 27 del Pacto de San José de Costa Rica contempla la suspensión de derechos y garantías reconocidas por dicho instrumento (que tiene rango constitucional en Argentina), para supuestos “de guerra, de peligro público o de otra emergencia”. El Estado debe comunicar a los demás Estados parte del Pacto los derechos y garantías suspendidos, los motivos de ella y el plazo. Pero no son suspendibles ciertas facultades, como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, vida, integridad personal, prohibición de esclavitud o servidumbre, principio legalidad y de retroactividad, libertad de conciencia y religión, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derechos políticos del artículo 23 de la convención, ni las garantías judiciales (como el amparo o el hábeas corpus). Esas prohibiciones rigen también para Argentina, aun con relación al estado de sitio.

4. *Ley marcial*

En la experiencia argentina se ha implementado la ley marcial, o sometimiento de civiles a la autoridad militar, que no figura en la Constitución, pero que cierta jurisprudencia de la Corte Suprema convalidó.⁴¹⁴ Sin embargo, difícilmente pueda asegurarse hoy que esa doctrina judicial continúa vigente.

414 Véase CSJN, *Fallos*, 246:237, “Moreno”; 254:116, “Ruggero”.

5. *Emergencia económica*

Sin necesidad de declarar el estado de sitio, el gobierno federal, y algunas veces los provinciales, han proclamado la emergencia económica y previsional, argumentando, directa o tácitamente, una situación de estado de necesidad. Sobre la restricción a los derechos personales en tal momento, en particular el de propiedad, nos remitimos a lo señalado en el apartado sobre derechos individuales.

6. *Gobiernos de facto Cláusula de salvaguardia de la Constitución*

El país cuenta con una nutrida experiencia en materia de regímenes de facto, que fueron aceptados por la Corte Suprema desde mediados del siglo XIX (caso “Martínez”), y en especial, por una célebre acordada del 10 de diciembre de 1930.⁴¹⁵ La jurisprudencia de la corte sufrió mutaciones en cuanto las facultades que se reconocían a esas autoridades militares. Lo últimos pronunciamientos retornaron a la tesis de amplias competencias al respecto.⁴¹⁶

La reforma constitucional de 1994 sancionó un nuevo artículo, el 36, donde declarar que la Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Añade que “estos actos serán insanablemente nulos”.

Según el mensaje del miembro informante del despacho mayoritario en la convención constituyente, la norma tiene nombre y apellido: pretende atacar futuros golpes de estado y gobiernos *de facto*. La declaración de nulidad absoluta genera la posibilidad, añadió, de revisar los actos que se dicten por el gobierno irregular.⁴¹⁷ De esta frase parece desprenderse que el golpe de Estado siempre será nulo, y que los demás decisiones que adopten las autoridades de hecho, anulables.

No alude este precepto a alteraciones institucionales que no sean provocadas por la fuerza. Para eso, dijo el presidente de la comisión de redacción de la convención, “están previstos otros artículos de la Constitución nacional”.

⁴¹⁵ CSJN, *Fallos*, 2:142, “Martínez”; 158:290 (“Acordada sobre reconocimiento del Gobierno provisional de la Nación”).

⁴¹⁶ CSJN, *Fallos*, 315:2290, “Rodríguez Varela”; “Jurisprudencia Argentina”, 1992-II-203, “Gaggiamo”.

⁴¹⁷ Convención nacional constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, p. 1490.

El nuevo artículo 36 contempla sanciones especiales para los autores de los referidos actos de fuerza (castigo para los traidores a la patria, inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos públicos, exclusión del beneficio del indulto y de la conmutación de penas). Hay sanciones idénticas para quienes como consecuencia de dichos golpes de Estado usurparen funciones previstas para las autoridades de la Constitución nacional o provinciales. Las acciones judiciales son imprescriptibles.

Hemos señalado, asimismo, que el artículo declara el derecho de resistencia contra quienes ejecutaron el acto de fuerza condenado por este precepto.

En tren de proteger la democracia, el nuevo artículo 36 introduce una norma declarativa, en el sentido que atenta contra aquel sistema también quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento (hecho que provocará su inhabilitación por el tiempo que la ley determine), y otra programática: el Congreso debe sancionar una ley sobre ética pública para el ejercicio de las funciones oficiales. La norma lleva el número 25.188. Incluye la obligación de presentar una declaración de bienes por parte de determinados funcionarios y magistrados, reglas de conducta y tipos penales específicos.

7. El control de constitucionalidad

Uno de los dispositivos clave para asegurar la supremacía de la Constitución es el régimen de control de constitucionalidad, a más de un adecuado sistema de procesos constitucionales al estilo del hábeas corpus, el amparo y hábeas data, etcétera.

Como en el caso norteamericano, el texto constitucional original de 1853/60 no contenía reglas acerca del control de constitucionalidad. Fueron pergeñadas, pues, por normas infraconstitucionales, prácticas forenses y derecho consuetudinario constitucional. Recién en la reforma de 1994 hay una mención, en el artículo 43, concerniente a la acción de amparo, al control judicial de constitucionalidad. La cláusula señala que los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de normas en el amparo.

De hecho, como se puntualizó, el Congreso ejerce autocontrol de constitucionalidad cuando rechaza proyectos de leyes que colisionen con la Constitución. También, cuando deroga leyes por reputarlas inconstitu-

cionales. Últimamente ha declarado inválidas a ciertas leyes (llamadas “de obediencia debida” y “punto final”).⁴¹⁸

El Poder Ejecutivo también practica control de constitucionalidad mediante el veto de leyes que reputa inconstitucionales. Para la jurisprudencia de la Corte Suprema, no puede declarar por sí inconstitucionales a las leyes, ni plantear ante la justicia su inconstitucionalidad.⁴¹⁹ Esto último es harto discutible, ya que impide un saneamiento del material normativo inconstitucional.

El típico control de constitucionalidad, producto básicamente del derecho consuetudinario constitucional, es el judicial. Siguiendo las pautas norteamericanas, es difuso o desconcentrado (radica en todos los jueces, nacionales o provinciales),⁴²⁰ es reparador (no opera respecto de proyectos de ley), puede ejercerse de oficio por los jueces (jurisprudencia reciente, derivada del caso “Mill de Pereyra”),⁴²¹ y sus resultados son *inter partes*, con efecto para el caso concreto. Sin embargo, la Corte Suprema (también por creación jurisprudencial), ha dado a sus fallos un importante efecto vinculante, ya que los jueces inferiores deben en general conformar sus fallos a los criterios de la Corte, aunque puedan separarse de ellos dando razones valederas y suficientes, nuevas respecto de las ya consideradas por la Corte.⁴²²

El control judicial de constitucionalidad no se practica en las llamadas “cuestiones políticas no justiciables” (*political questions*), como son las declaraciones de intervención a una provincia, o del estado de sitio, la política económica del Estado, la decisión del presidente de enviar un pliego de embajador al Senado para requerir su acuerdo. Pero en los últimos lustros la Corte ha avanzado sobre el terreno de las cuestiones no justiciables, judicializando a muchas de ellas, como la destitución de un gobernador provincial dispuesta por juicio político por la legislatura lo-

418 *Cfr.* Ley 25.779, que ha declarado “insanablemente nulas” a las leyes 23.492 y 23.521, llamadas “de punto final” y “de obediencia debida”, que habían sido previamente derogadas.

419 CSJN, *Fallos*, 307:630, “Cieza”; 303:1039, “Giuffoni”. Véase TABACAL.

420 CSJN, *Fallos*, 308:490, “Strada”; aunque el control de constitucionalidad lo ejerce de modo especial la Corte Suprema, como intérprete final de la constitución: CSJN, *Fallos*, 298:441, “Zamorano”.

421 CSJN, *Fallos*, 324:3219, “Mill de Pereyra”.

422 CSJN, *Fallos*, 212:59, “Santín”; “La Ley” 1986-A-178 (“Cerámica San Lorenzo”).

cal,⁴²³ la elección del gobernador de una provincia,⁴²⁴ y, como ya se detalla en otras partes de esta introducción. La destitución de jueces mediante el juicio político, la no incorporación de un diputado electo a la Cámara, por rechazo de ésta, la constitucionalidad de una reforma constitucional, entre tantas otras.⁴²⁵

Es sugestivo que en Argentina no tengan consenso las propuestas de crear un Tribunal Constitucional o una Corte Constitucional. El apego al sistema estadounidense de *judicial review* es todavía muy fuerte en el ámbito local.

XXVII. REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Un solo artículo de la Constitución, el 30, disciplina el decisivo tema de la reforma constitucional, e implanta un procedimiento harto dificultoso de cambio constitucional formal, que se perfila como ultrarígido o semipétreo.

La norma en cuestión detalla que la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por un a convención convocada al efecto.

Cada segmento de este artículo ha dado lugar a numerosas controversias interpretativas, dilucidadas por la práctica que ha conformado ya un interesante derecho consuetudinario constitucional.

Cronológicamente pueden distinguirse tres etapas en el proceso reformista constituyente.

1. *Etapa congresional*

Transcurre en el poder Legislativo, quien ejerce en Argentina un verdadero poder “preconstituyente”, o poder de convocatoria, que se traduce en la “declaración” de la necesidad de reforma.

423 CSJN, “El Derecho” 160:-13 (“ATE San Juan”).

424 CSJN, *Fallos*, 314:1915, “Electores y apoderados de los partidos”.

425 *Cfr.* Sagüés, Néstor Pedro, “La jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia argentina (1997-1999)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 3, 1999, pp. 461 y ss.

La Constitución indica que esa declaración debe ser adoptada “por el Congreso”. Éste podría expedirse por medio de una asamblea legislativa, o reunión conjunta de las dos cámaras. Sin embargo, en la experiencia habida la declaración se ha hecho por medio de una ley, eventualmente vetable por el Poder Ejecutivo.

La norma de convocatoria tiene que sancionarse “con el voto de las dos terceras partes” de los miembros del Congreso. Se discute si ese quórum tiene que contarse sobre la totalidad de los miembros de cada Sala, o sobre quienes estén efectivamente en ejercicio, o solamente sobre los presentes en la sesión donde se trata la ley declarativa de la reforma. Hay experiencias diversas en la realidad local, sin que ellas hayan provocado la nulidad de la declaración de reforma.

Las leyes de reforma marcan el perímetro posible de las potestades revisoras de la convención o asamblea constituyente. En el caso “Fayt”, la Corte Suprema, efectivamente, invalidó una enmienda hecha por la convención constituyente de 1994, por excederse de aquel temario, fijado por la ley 24.309.⁴²⁶

Es discutible si en Argentina hay cláusulas pétreas inmodificables. La Constitución, claramente, habla en su artículo 30 de la posibilidad de cambio constitucional “en el todo o en cualquiera de sus partes”.⁴²⁷ Naturalmente, hay límites de derecho internacional público (no podrían rehuirse compromisos internacionales, en particular en materia de derechos humanos, por una reforma constitucional local), y de derecho natural (éste se halla reconocido por el artículo 33 de la Constitución, como base de los derechos no enumerados, superiores y anteriores, se dijo al sancionar el precepto, a cualquier Constitución positiva). Normas jusnaturalistas concernientes a la vida y a la dignidad humana no resultarían entonces válidamente derogables en una reforma constitucional.

En el derecho consuetudinario local, las leyes del Congreso en materia de convocatoria a una asamblea reformadora de la Constitución han sido con frecuencia detallistas acerca de cómo se realiza la elección de los constituyentes, su número, condiciones, el plazo de actuación, sus remu-

⁴²⁶ CSJN, *Fallos*, 322:1616, “Fayt”.

⁴²⁷ El énfasis dado por el constituyente a ciertas cláusulas de la constitución, por ejemplo, cuando declara que en Argentina no hay esclavos (artículo 15), o que queda borrada “para siempre” la confiscación de bienes (artículo 17), la pena de muerte por causas políticas, y toda especie de tormentos y azotes (artículo 18) hace pensar que dichos dispositivos son pétreos.

neraciones, e incluso la nulidad por transgresión del temario. En 1994 la ley 24.309 arbitró incluso el procedimiento de votación en el seno de la asamblea. En realidad, esto último parece una competencia inherente o propia de la convención. El conflicto concluyó cuando la asamblea aceptó reglamentariamente el criterio sentado por la ley de convocatoria.

2. *Etapa electoral*

La Constitución no demanda que la convención reformadora sea electa popularmente, pero ello ha ocurrido siempre, y genera una regla consuetudinaria constitucional al respecto. Para integrar la convención se han seguido distintos regímenes electorales, los últimos afiliados al sistema D'Hont, de representación proporcional.

3. *Etapa convencional*

Transcurre una vez inaugurada la asamblea reformadora, que dicta su propio reglamento. No está obligada a cambiar todo lo que el Congreso propone que se modifique.

La convención está autorizada a disponer el régimen de promulgación y publicación de las reformas. Algunas (1866, 1898, 1949, 1957), lo comunicaron al gobierno (Poder Ejecutivo), “para que se cumpla”, pero la de 1994 estableció ella misma un sistema de autopromulgación y de publicación, autorizando a su presidente a que hiciera lo último en el *Boletín Oficial del Estado*, teniendo de todos modos plena validez lo resuelto por la asamblea, por cualquier otro medio de difusión, si aquella publicación no fuere posible.

4. *Judiciabilidad de la reforma constitucional*

El tema, muy debatido en la doctrina argentina (hay quienes reputaban al proceso reformista como cuestión política no justiciable, o *political question*) fue poco a poco definido por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Ya en “Soria de Guerrero” anticipó que si los vicios jurídicos aludían a requisitos indispensables y mínimos para la validez de la nor-

ma sancionada, era posible la revisión judicial de la reforma,⁴²⁸ y recientemente, en “Fayt”, según apuntamos, practicó dicho control descalificando, por exceso de competencias de la convención constituyente, una regla sancionada en 1994 concerniente a la edad tope al principio de estabilidad de los magistrados judiciales.⁴²⁹

5. Reformas indirectas de la Constitución

Aparte de los cambios constitucionales que se operan por medio de la costumbre constitucional (en particular, la *contra constitutionem*) y de las interpretaciones mutativas de la Constitución (aditivas, sustractivas o mixtas),⁴³⁰ otros dispositivos de la Constitución permiten su reforma formal, bien que no a través de una convención constituyente.

Por ejemplo, al habilitar el artículo 75, inciso 22, al Congreso para que dé categoría constitucional a ciertos tratados en materia de derechos humanos, automáticamente lo habilita para ampliar el bloque de constitucionalidad y expandir las normas con rango constitucional. Al autorizar el artículo 75, inciso 14, también al Congreso, el traspaso de competencias y jurisdicción (no distingue entre las nacionales y las provinciales) a entes supraestatales, legitima asimismo una reforma por sustracción.

XXVIII. EVALUACIÓN. LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA EN LOS INICIOS DEL SIGLO XXI

Al comenzar un nuevo milenio, la Constitución argentina lo hace con un texto en buena parte añejo, en parte nuevo, amalgamados imperfectamente, con serios conflictos normativos e ideológicos entre ambos tramos. En la parte recientemente reformada (1994), no son extrañas las imperfecciones en la formulación normativa, ciertas redundancias (cuando no incoherencias) y un lenguaje de vez en cuando declamatorio e impreciso. Importantes asuntos, a falta de acuerdo político, fueron relegados entonces a los poderes constituidos, dando al texto final la impresión de

⁴²⁸ CSJN, *Fallos*, 256:558.

⁴²⁹ CSJN, *Fallos*, 322:1616, “Fayt”.

⁴³⁰ Sobre la interpretación mutativa de la constitución, y su modificación indirecta, como asimismo las posturas de la “constitución viviente” y del uso alternativo del derecho, nos remitimos a nuestro trabajo *La interpretación judicial de la constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 58 y ss., 85 y ss.

haber quedado en ellos inconcluso. Algunos párrafos muestran, al mismo tiempo, un desfase entre lo que la mayoría de la convención quiso y aquello que refleja la letra aprobada. También, como asignatura pendiente, quedó una revisión prolija del documento constitucional, a fin de tornarlo pulido y armónico consigo mismo.

Aún así, la Constitución en vigor es útil, porque confía mucho en sus operadores, y si éstos proceden con honestidad, tino y grandeza, cuentan con un instrumento de gobierno apto para desplegarla con provecho. No es, afortunadamente, una Constitución-cárcel para quien desee gobernar con sentido de bien común. Antes bien, puede ser entendida y practicada como una pista de despegue para la programación de un Estado de derecho y de justicia, moderno y a la vez eficiente, respetuoso de los derechos personales y al mismo tiempo incorporado a un mundo globalizado, inmerso en una vertiginosa aceleración de la historia.

ADDENDA. MODIFICACIONES EN EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y JURADO DE ENJUICIAMIENTO FEDERALES

Encontrándose esta obra en edición, la ley 26.080, promulgada el 24 de febrero de 2006, introdujo significativas modificaciones al anterior régimen del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento establecidos por la ley 24.937, texto ordenado según decreto 816/99 (véase el apartado sobre “La Justicia”, y el análisis de estos dos institutos).

Entre otras reformas, y en apretada síntesis, se altera la composición del Consejo de la Magistratura, que ahora estará conformado por trece miembros: tres jueces del Poder Judicial de la Nación, seis legisladores (tres diputados y tres senadores, correspondiendo en cada caso dos a la mayoría y uno a la primera minoría de cada Sala del Congreso), dos representantes de los abogados de la matrícula federal; uno más del Poder Ejecutivo, y otro del ámbito académico y científico. El presidente del Consejo deja de ser el presidente de la Corte Suprema, para resultar designado por mayoría absoluta del total de los miembros del Consejo, que duran cuatro años en sus tareas. Las comisiones de éste se redefinen cuatro: de selección de magistrados y escuela Judicial; de disciplina y acusación; de administración financiera, y de reglamentación.

A su turno, el Jurado de Enjuiciamiento se integra con siete miembros: dos jueces de cámara, cuatro legisladores (dos por cada Cámara del

Congreso, uno por la mayoría y otro por la primera minoría), y un abogado de la matrícula federal. Sus vocales son electos por sorteo, semestralmente. Permanecen en el cargo mientras se encuentren en trámite los procesos de juzgamiento de los magistrados que les hayan sido encomendados. El presidente del Jurado es nombrado por sus pares.

Ha sido notoria en esta enmienda la preeminencia de la llamada “clase política” (legisladores y representantes del Poder Ejecutivo: siete miembros sobre trece en el Consejo; cuatro sobre siete en el Jurado), con lo que se viola la directriz de “equilibrio” que patrocina respecto del Consejo el artículo 114 de la Constitución Nacional, entre los vocales originarios de los órganos provenientes de elección popular, jueces, abogados y académicos y científicos.

La nueva ley, profusamente criticada por colegios de abogados, magistrados judiciales, asociaciones científicas de derecho y la oposición parlamentaria, no es un buen augurio para la legitimidad funcional de los organismos que regula. Además, contradice las intenciones del constituyente de 1994, que precisamente procuró sanear y disminuir la influencia del partidismo político en los regímenes de nominación y de vigilancia de los cuadros judiciales. El nuevo sistema puede fomentar una nociva influencia de la clase política (en particular del partido oficialista) tanto en la preselección como en los ascensos y en la estabilidad de los jueces federales, en serio desmedro de la imparcialidad e independencia de ellos; y en definitiva, en perjuicio de los derechos de los habitantes, para quienes estas últimas cualidades en sus magistrados son indispensables, si se quiere un genuino Estado de derecho. En definitiva, persisten nuestras críticas anteriores en cuanto a que el silencio constitucional respecto de la integración concreta del Consejo y del Jurado, facilita que la mayoría legislativa pueda manipular esa composición y desvirtúe el propio mensaje del constituyente.