

CARLOS E. COLAUTTI

Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de Instituciones del Derecho en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Belgrano

DERECHO CONSTITUCIONAL

Segunda edición actualizada y aumentada

Reimpresión



RIVADAVIA 1225 - CIUDAD DE BUENOS AIRES

1ª edición: abril de 1996.
2ª edición: agosto de 1998.

ISBN 950-679-233-X

© Copyright by *EDITORIAL UNIVERSIDAD S.R.L.*
Rivadavia 1225 - Ciudad de Buenos Aires

Hecho el depósito de la ley 11.723. Derechos reservados.
IMPRESO EN LA ARGENTINA

ÍNDICE

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

1. El decreto de seguridad individual de 1811	19
2. Los proyectos constitucionales presentados a la Asamblea de 1813	20
3. El proyecto de la Comisión "ad hoc"	20
4. Proyecto de la Sociedad Patriótica	21
5. El Estatuto Provisional de 1815	22
6. El Reglamento Provisorio de 1817	22
7. La Constitución de 1819	23
8. La Ley Fundamental y la Constitución de 1826	24
9. Pactos preexistentes	27
10. Pactos especiales	29
11. La reforma de 1994	30
Bibliografía complementaria	31

CAPÍTULO II

1. Contenido y método de la Constitución Nacional	33
2. Las cláusulas constitucionales. Su operatividad	34
3. El Preámbulo. Comparación y valor	36
4. El Estado argentino. Sus nombres	37
5. Relaciones con la Iglesia	38
Bibliografía complementaria	39

CAPÍTULO III

PODER CONSTITUYENTE Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

1. Poder constituyente	41
2. Procedimiento reformador	42
3. Límites	42
4. Aplicación de estos principios a nuestro derecho	43
5. Cláusulas pétreas	44
6. El procedimiento de reforma previsto por la Constitución	45

a) Etapa prerreformatora	45
b) La Convención reformatora	47
7. La incorporación con jerarquía constitucional de tratados sobre derechos humanos	48
8. La "inconstitucionalidad" de la reforma constitucional	48
9. El poder constituyente de las provincias	49
Bibliografía complementaria	50

CAPÍTULO IV

SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y JERARQUÍA DE LAS NORMAS

1. Supremacía del derecho federal sobre el derecho local	53
2. Supremacía de la Constitución	54
3. Jerarquía de los tratados	56
a) Tratados con jerarquía superior a las leyes	57
b) Tratados con jerarquía constitucional	59
Precisiones	63
Los tratados no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución	66
La complementariedad de los derechos	69
c) Los tratados de integración	70
d) Los acuerdos ejecutivos	71
4. Jerarquía de las leyes	72
a) La razonabilidad de las leyes	72
5. Los decretos reglamentarios	73
6. Resumen	74
7. Control de constitucionalidad	74
a) Control político	74
b) Control judicial	75
8. Sistema argentino de control judicial. Características	76
a) Control disperso	76
b) Sujetos legitimados	77
c) Petición de parte	78
d) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad	78
9. Límites de la revisión judicial. Cuestiones no justiciables	79
a) Intervención federal	79
b) Sanción de las leyes	80
c) La utilidad pública en la expropiación	80
d) Estado de sitio	81
1) Declaración	81
2) Medidas que son su consecuencia	81
e) Existencia de la situación bélica	82
f) La eficacia de los medios arbitrados	82
Bibliografía complementaria	83

CAPÍTULO V

FORMAS DE SUFRAGIO Y SISTEMAS ELECTORALES

1. Formas de sufragio	85
2. Sistemas electorales	86
a) Sistema de lista completa	86
b) Sistema uninominal por circunscripción	86
c) Sistema de lista incompleta	86
d) Sistema proporcional D'Hont	87
e) Sistema de lemas	87
3. Justicia electoral	88
4. Partidos políticos	88
5. Elección de los gobernantes	90
6. Formas semidirectas de democracia	90
a) Iniciativa popular	91
b) Consulta popular	92
1) Consulta vinculante	92
2) Consulta no vinculante	92
c) Interpretación del art. 22 de la Constitución	92
Bibliografía complementaria	94

CAPÍTULO VI

EL ESTADO FEDERAL

1. El Estado federal. Nociones preliminares	95
2. Autonomía de las provincias	96
3. Autarquía de las provincias	97
4. Distribución de los impuestos	98
a) Impuestos indirectos	99
b) Impuestos directos	99
5. El sistema de coparticipación	100
a) Principios generales	100
b) Distribución	100
c) Requisitos formales de la ley	101
d) Transferencia de competencias	102
e) Órgano de control	103
6. Subsidios a las provincias	103
7. La libre circulación interjurisdiccional	104
Jurisprudencia sobre el peaje	105
8. Régimen constitucional de las aduanas	105
9. Creación de regiones	106
10. Convenios internacionales e interprovinciales	107
11. Intervención federal	109
a) Conceptos preliminares	109
b) Causas y casos	110
c) Órgano competente	112

d) El interventor federal	112
e) Precisiones de la doctrina	114
f) La jurisprudencia de la Corte Suprema	116
g) Los comisionados o interventores designados por los gobiernos de facto	119
h) La intervención federal al Poder Judicial	121
12. Régimen municipal	123
13. Zonas de jurisdicción nacional	124
14. Los actos públicos provinciales	126
a) Procedimientos judiciales	126
15. Régimen de la ciudad de Buenos Aires	127
a) Marco preliminar	127
b) Las normas constitucionales	127
c) La ley de garantía de los intereses del Estado nacional ...	129
d) La ley de coparticipación y la Ciudad de Buenos Aires	136
e) La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires	137
Bibliografía complementaria	140

CAPÍTULO VII

PODER LEGISLATIVO

A) COMPOSICIÓN

1. Diputados	143
a) Determinación de la cantidad de bancas	143
Participación de la mujer	144
b) Condiciones para ser elegido y duración de los mandatos ...	144
c) Suplentes	145
2. Senadores	145
a) Cantidad de bancas	145
b) Requisitos para ser elegido y duración de los mandatos ...	146
c) Forma de elección	146
1) Régimen transitorio	147
2) Régimen permanente	148
d) Suplentes	148

B) INMUNIDADES DE LOS LEGISLADORES

1. Inmunidad de expresión	150
2. Inmunidad contra el arresto	151
3. Limitaciones respecto del proceso penal	152
El desafuero	153

C) INCOMPATIBILIDADES

1. Ministros del Poder Ejecutivo	153
2. Gobernadores de provincia	155
3. Eclesiásticos regulares	155

D) FACULTADES DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE CADA UNA DE LAS CÁMARAS

1. Facultades expresas	156
a) Reglamentos	156
b) Pedidos de informes	156
2. Facultades implícitas	157
a) Facultades de investigación	157
1) Las comisiones investigadoras y la división de poderes	158
2) Las comisiones investigadoras y las garantías individuales	158
b) Facultades de arresto de las Cámaras	159

E) FACULTADES DE CADA UNA DE LAS CÁMARAS EN RELACIÓN CON SUS MIEMBROS

1. Diplomas	160
2. Facultades disciplinarias	161
3. Remoción	162
4. Aceptación de las renunciaciones	162

F) FUNCIONAMIENTO DEL CONGRESO

1. <i>Quorum</i> y votaciones	163
2. Clases de sesiones	164
a) Preparatorias	164
b) Ordinarias	164
c) Extraordinarias	165
d) De prórroga	165
3. Comisiones	166

G) LA COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE

1. Composición y funciones	167
Bibliografía complementaria	168

CAPÍTULO VIII

SANCIÓN DE LAS LEYES

A) INICIATIVA

1. Principio general	171
2. Excepciones	172
a) Iniciativa exclusiva de Diputados	172
b) Iniciativa exclusiva de Senadores	174

B) CADUCIDAD DE LOS PROYECTOS

Caducidad de los proyectos	174
----------------------------------	-----

C) PROCEDIMIENTO PARA LA SANCIÓN DE LAS LEYES

1. Aprobación en general y en particular	175
a) Acuerdo acerca de la sanción de origen	176
b) Desacuerdo total acerca de la sanción de origen	177
c) Desacuerdo parcial acerca de la sanción de origen	177
2. La delegación en comisiones	178

D) PROMULGACIÓN, APROBACIÓN Y PUBLICACIÓN

Promulgación, aprobación y publicación	179
--	-----

E) VETO E INSISTENCIA

1. Veto suspensivo	180
2. Promulgación parcial	181

F) APROBACIÓN DE LOS TRATADOS

1. Procedimiento ordinario	184
2. Tratados de integración	186
Bibliografía complementaria	186

CAPÍTULO IX

ATRIBUCIONES DEL CONGRESO

A) FUNCIÓN LEGISLATIVA

1. Poderes implícitos y poderes expresos	189
2. Leyes federales, comunes y locales	191
3. Atribuciones económicas y financieras: bancos y moneda	192
4. La cláusula comercial	195
a) Comercio internacional e interprovincial	195
b) Comercio regional	196
5. Determinación de los límites de la Nación y de las provincias	197
6. Garantías a los pueblos indígenas	199
a) Concepto de pueblos indígenas	200
b) La preexistencia de los pueblos indígenas	201
c) Derechos específicos	202
d) Adjudicación de las tierras	204
e) Deberes y atribuciones de las provincias	206
7. La cláusula de la prosperidad	207
8. Atribuciones en materia de educación	208
9. Atribuciones respecto de las fuerzas armadas	211
a) Seguridad de las fronteras	211
b) Organización de las fuerzas armadas	212
c) Declaración de guerra	213
d) Salida de las fuerzas nacionales	213
10. Leyes reglamentarias de los órganos del gobierno federal	214

11. Leyes de amnistía	215
12. El presupuesto de gastos y recursos y las funciones de control	217
13. Delegación legislativa	220

B) EL JUICIO POLÍTICO

1. Antecedentes	228
2. Sujetos pasivos	229
3. Causales	229
a) Mal desempeño	229
b) Delitos en el ejercicio de sus funciones y crímenes comunes	231
4. La renuncia y sus efectos	232
5. Procedimiento	233
6. Efectos del enjuiciamiento y de la sentencia	234
7. Revisión judicial	235
Bibliografía complementaria	237

CAPÍTULO X

ÓRGANOS DE CONTROL

A) EL DEFENSOR DEL PUEBLO

1. Conceptos preliminares	239
2. Dependencia	240
3. Funciones	241
4. Legitimación	242
5. Designación, remoción, inmunidades	243

B) AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

1. Conceptos preliminares	244
2. Atribuciones	245
3. Integración	246
Bibliografía complementaria	247

CAPÍTULO XI

EL PODER EJECUTIVO

1. Características del régimen presidencialista	249
2. Intentos de atenuación del sistema	250
3. El presidente	252
4. El vicepresidente	252
a) Requisitos	253
b) Duración	254
c) Cese	257
d) Juramento	257
e) Procedimiento para su elección	258

f) Tiempo de la elección. Remuneración. Incompatibilidades. Residencia	260
5. El jefe de gabinete	260
a) Nombramiento y remoción	261
6. Los ministros del Poder Ejecutivo	262
7. Funciones del jefe de gabinete y de los ministros	263
a) Delegaciones presidenciales	263
b) Nombramiento de empleados	264
c) Acuerdos de gabinete	264
d) Refrendo de los ministros y del jefe de gabinete	265
e) Relaciones de los ministros y el jefe de gabinete con el Congreso	266
1) Concurrencia. Informes. Interpelaciones	266
2) Memorias	267
f) Ejecución de la ley de presupuesto	267
8. Incompatibilidades	268
9. Remuneraciones	269
10. Acefalía	269
a) Acefalía del presidente	270
1) Causales transitorias	270
2) Causales definitivas	271
b) Acefalía del vicepresidente	272
c) Acefalía del Poder Ejecutivo	273
Bibliografía complementaria	275

CAPÍTULO XII

ATRIBUCIONES DEL PODER EJECUTIVO

1. Relaciones entre el presidente y el jefe de gabinete	277
2. Clases de decretos que dicta el Poder Ejecutivo	278
3. El jefe de la administración	279
a) Nombramiento de empleados	280
b) Pedidos de informes	281
4. El poder reglamentario	281
5. Decretos de necesidad y urgencia	283
a) Conceptos preliminares	283
b) Presupuestos y exclusiones	284
1) Los presupuestos de hecho	285
2) Las exclusiones	286
c) Procedimiento	287
6. Nombramientos con acuerdo del Senado	290
a) Miembros del Poder Judicial	290
b) Oficiales superiores de las fuerzas armadas	291
c) Funcionarios diplomáticos	291
7. Nombramientos en comisión	292

8. Indulto y conmutación de penas	293
a) Principios generales	293
b) Efectos	294
c) La materia	295
d) Quiénes pueden beneficiarse	295
9. Poderes militares del presidente	298
a) Las facultades de organización y los tribunales militares ...	300
10. Los tribunales administrativos	303
Bibliografía complementaria	304

CAPÍTULO XIII

PODER JUDICIAL

1. El Poder Judicial de la Nación	307
2. El Poder Judicial en el Estado federal	308
3. La Corte Suprema	309
a) Composición	309
b) Presidencia	310
c) Poderes implícitos	310
4. El Consejo de la Magistratura	311
a) Conceptos preliminares	311
b) Composición	314
c) Atribuciones	316
5. Garantías de independencia de los jueces	320
a) Inamovilidad	320
b) Intangibilidad de las remuneraciones	321
c) Garantía de la sede	322
6. Responsabilidad civil de los jueces	323
7. Remoción de los magistrados	327
a) El Jurado de Enjuiciamiento	327
b) Procedimiento	329
Bibliografía complementaria	331

CAPÍTULO XIV

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA FEDERAL

1. Principios generales	333
2. Competencia en razón de la materia	335
a) Causas regidas directamente por la Constitución	335
b) Causas regidas por las leyes de la Nación	336
c) Causas regidas por los tratados	338
3. Competencia en razón de las personas	339
a) Causas en que la Nación sea parte	340
b) Competencia por distinta vecindad	342
4. Competencia en materia penal	343

a) La jurisdicción extraterritorial. Artículo 118 de la Constitución.....	344
Bibliografía complementaria	344

CAPÍTULO XV

COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A) CONCEPTOS GENERALES

Conceptos generales	349
---------------------------	-----

B) COMPETENCIA ORIGINARIA

1. Competencia cuando es parte una provincia	350
2. Competencia cuando son parte los diplomáticos extranjeros o los cónsules	352
a) Personal diplomático	352
b) Inmunidad jurisdiccional de los diplomáticos extranjeros	353
c) Cónsules	354

C) APELACIÓN ORDINARIA

Apelación ordinaria	354
---------------------------	-----

D) COMPETENCIA EXTRAORDINARIA

1. Principios generales	355
2. Sentencia definitiva	357
a) Sentencia definitiva en los recursos de amparo	357
3. Tribunal superior de la causa	358
a) El salto de instancia o avocación	360
4. Cuestión federal	361
5. Resolución contraria al derecho federal	363
6. Cuestión federal directa e inmediata	364
7. Cuestión federal sustancial	365
8. Sentencias arbitrarias	368
a) Meras discrepancias	370
b) Conflicto con principios y garantías constitucionales	370
c) Errores graves en la aplicación del derecho	371
d) Violación del principio de división de poderes	371
e) Sentencias que no se fundan en hechos	372
9. Gravedad institucional	373
Bibliografía complementaria	377

CAPÍTULO XVI

EL MINISTERIO PÚBLICO

1. Conceptos preliminares	379
---------------------------------	-----

2. Funciones	381
3. Independencia	382
4. Organización	383
5. Inmunities e intangibilidad de la remuneración	383
6. Fiscalía de Investigaciones Administrativas	385
7. Los fiscales en materia no penal	386
Bibliografía complementaria	387

CAPÍTULO XVII

LAS EMERGENCIAS CONSTITUCIONALES

A) PRINCIPIOS GENERALES

1. El artículo 36 de la Constitución	390
--	-----

B) LA EMERGENCIA ECONÓMICA

La emergencia económica	393
-------------------------------	-----

C) EL ESTADO DE SITIO

1. Conceptos preliminares	396
2. Causas	397
a) Ataque exterior	398
b) Conmoción interior	398
3. Control de legitimidad	399
4. Alcances	400
5. Órganos competentes	400
6. Duración	402
7. Efectos	402
8. Atribuciones del presidente respecto de las personas	405
9. La opción de salir del territorio argentino	407
Bibliografía complementaria	409
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	411

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

El estudio de los antecedentes de la Constitución Nacional de 1853/60 nos revela la continuidad del proceso institucional en nuestro país. En efecto, desde el decreto de seguridad individual de 1811 hasta 1853, los documentos posteriores se apoyan invariablemente en los antecedentes patrios, de modo que, más allá de las divergencias y luchas en relación con la forma de Estado y de gobierno, se advierte una línea de continuidad que hizo que Alberdi en 1857 afirmara: "Nuestras constituciones ensayadas en los cuarenta años precedentes son la verdadera fuente de explicación y comento de la Constitución".

Comenzaré esta breve referencia con el decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811. Omito, por lo tanto, normas orgánicas fundacionales como el Acta del Cabildo del 25 de mayo de 1810, el decreto de las Juntas provinciales del 10 de febrero de 1811, el Reglamento Orgánico del 22 de octubre y el Estatuto Provisional del 22 de noviembre, no por desconocer sus valores, dado que incluyen importantes principios del constitucionalismo, sino por considerar que en ellos no está suficientemente definida la idea de un Estado independiente.

1. El decreto de seguridad individual de 1811.

Su redactor fue el Deán Gregorio Funes, quien después que Mariano Moreno renunció al cargo de Secretario de la Junta, se perfiló como el principal asesor de ésta y se hizo cargo de la redacción del periódico gubernamental "La Gaceta de Buenos Aires".

El decreto de seguridad constituye un meditado repertorio protectorio de los derechos individuales. La totalidad de sus disposiciones se repiten con leves variantes y, desde luego, ampliaciones, en todos los documentos constitucionales patrios hasta la Constitución de 1826 inclusive. El dispositivo sobre

garantías del sistema carcelario (art. 6) pasa de ésta, casi sin modificaciones, a la Constitución que hoy nos rige.

El preámbulo establece un principio cuyos antecedentes se remontan a las constituciones francesas de 1789/91 y 1793: "Todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades". Se prevén a continuación las garantías del juicio previo (art. 1), orden escrita para el arresto y secuestro de los papeles privados (arts. 2 y 3), la inviolabilidad del domicilio (art. 4), el plazo máximo para la incomunicación de los detenidos (art. 5) y la libertad de locomoción (art. 7). El artículo 9, que también se repitió, con leves variantes, en todos los documentos constitucionales posteriores, constituyó un antecedente de la actual institución del estado de sitio.

2. Los proyectos constitucionales presentados a la Asamblea de 1813.

El gobierno surgido de la revolución de 1812 se propuso dos objetivos: declarar la independencia y dictar la Constitución. Aunque ellos no se concretaron, quedaron como antecedentes no sólo la obra institucional de la Asamblea, sino los diversos proyectos que se presentaron ante ella.

He de referirme exclusivamente a dos que podemos considerar como oficiales: el de la Comisión "ad hoc" y el de la Sociedad Patriótica. Sólo ellos constituyen antecedente de los documentos constitucionales posteriores.

3. El proyecto de la Comisión "ad hoc".

Este proyecto tiene importancia como antecedente de la parte orgánica de la Constitución, sobre todo en lo que se refiere a la organización del Poder Legislativo.

En efecto, en los capítulos VIII a XV se estructuró este poder en forma semejante al esquema actual utilizando como modelo a la Constitución de los Estados Unidos. En realidad, se realizó una sistematización de sus disposiciones titulando y subdividiendo en forma de artículos las distintas secciones del art. I de la Constitución de Filadelfia.

Una lectura concordada de estas disposiciones y de la traducción de la Constitución de América del Norte que Mario Durhofer atribuyó a Mariano Moreno, nos hace inclinar hacia la

hipótesis de que éste fue el documento al que recurrió la Comisión, pues diversos artículos concuerdan textualmente con aquella traducción.

Para concluir este breve comentario me parece pertinente recordar la opinión que emitió Clemente Fregeiro sobre el documento: "El proyecto de la Comisión oficial —afirmó— es uno de los documentos representativos de la historia argentina en los comienzos de la gloriosa Revolución de Mayo, habiendo podido ser también, con leves alteraciones introducidas después de un libre debate en la Asamblea General Constituyente, objeto de reverencia para la posteridad".

4. Proyecto de la Sociedad Patriótica.

Como afirmó certeramente Fregeiro, en el trabajo de la Sociedad Patriótica "se siente o mejor dicho se descubre el pensamiento dominante de Monteagudo, formulado por la pluma laboriosa de Antonio Sáenz". Se nota una profunda influencia de la Constitución francesa de 1795, aunque en lo referente al funcionamiento de los poderes del Estado sigue los lineamientos del sistema de Estados Unidos.

Los capítulos referentes a la parte dogmática forman un antecedente constitucional de importancia. En ellos se hallan en embrión casi todos los derechos reconocidos en la Constitución vigente. En él aparece, por primera vez en forma expresa en nuestro derecho, el principio de legalidad: "Nadie puede ser obligado a hacer lo que no está obligado por la ley" (art. 194), y también el de reserva: "La acción de acusar delitos públicos es popular; pero las acciones privadas no están bajo la autoridad de los magistrados" (art. 184). Se reitera el principio de las garantías del sistema carcelario y en el Capítulo XXV se transcribieron textualmente los artículos 1, 2 y 9 del decreto de libertad de imprenta. Pero en el proyecto se suprimió la censura previa en materia religiosa y también las normas de procedimiento establecidas por aquel decreto, disponiendo que el acusado por delitos de prensa será juzgado por juicio de jurados.

En lo que se refiere a la organización de los poderes del Estado, aunque no puede desconocerse la originalidad de algunas de las soluciones que aporta, el proyecto incurre, quizá por la premura con que fue redactado —menos de tres meses—, en numerosas imprecisiones e imperfecciones técnicas. Sus disposiciones no constituyen antecedente de los documentos posteriores.

5. El Estatuto Provisional de 1815.

Luego de la caída de Carlos María de Alvear ante el pronunciamiento de 1815, la Asamblea General Constituyente del año XIII entró formalmente en receso, y el Cabildo de Buenos Aires, tal cual lo había hecho en mayo de 1810, tomó las disposiciones necesarias para que se eligiera un nuevo gobierno con cargo de solicitar su aprobación a las provincias.

La elección de ambas ramas del nuevo gobierno: el Director José Rondeau y la Junta de Observación, fue efectuada exclusivamente por los habitantes de Buenos Aires.

El primer trabajo de la Junta fue dictar el Estatuto Provisional, extenso documento de 231 artículos. Luis V. Varela afirma que el Estatuto “no puede someterse a un análisis científico porque no es una constitución, no es una ordenanza militar, no es un reglamento de procedimientos judiciales y sin embargo participa de todo ello”. Esto es parcialmente exacto porque el documento contenía numerosas prescripciones cuyo alcance quedaba circunscripto a la Ciudad de Buenos Aires y reglaba provisoriamente sobre materias que no eran estrictamente constitucionales como el funcionamiento de las milicias y las prescripciones relativas a la provisión de los empleos públicos. Además, fijaba algunos puntos de acuerdo entre las diversas fuerzas que habían concurrido al derrocamiento de Alvear con el objeto de que pudiera continuar el funcionamiento del Estado durante el período de transición, dado que la revolución de abril se había hecho con el firme propósito de convocar a las provincias para que por intermedio de sus representantes establecieran la Constitución. Y así fue, dado que, a pesar del rechazo de las provincias, todas lo aceptaron en un solo artículo, el 30, que disponía la convocatoria al Congreso de Tucumán, resistida sólo por Artigas.

6. El Reglamento Provisorio de 1817.

El Reglamento de 1817 constituyó una reelaboración del Estatuto de 1815. En efecto, muy poco después de la sanción comenzaron las gestiones para su reforma, dado que el Director interino Álvarez Thomas advirtió que sus normas lo dejaban a merced de lo que en definitiva resolviesen la Junta de Observación y el Cabildo de Buenos Aires. Promovió, en definitiva, un Cabildo Abierto para decidir la reforma y nombrar una Comisión a tal

efecto. Se designó al Deán Gregorio Funes para que con otros cuatro miembros realizara la tarea. El Proyecto fue elevado al Congreso de Tucumán en abril de 1816. Tomando como antecedente el Reglamento de 1815 y las reformas sugeridas por la Comisión, éste elaboró un nuevo estatuto. En realidad, hubo una ardua discusión sobre si el país estaba “en estado de recibir Constitución permanente”. Esta falta de certeza hizo que de este proceso, que duró más de dos años, sólo surgiera una ley de base provisoria. En definitiva, fue sancionado como Estatuto Provisorial en la sesión del 16 de octubre de 1816. Pero Pueyrredón hizo saber al Congreso que sería conveniente postergar su publicación hasta que el Congreso se trasladara a la Capital, y así fue. Éste, una vez en Buenos Aires, reelaboró el Estatuto y el 3 de diciembre de 1817 sancionó el Reglamento Provisorio. Esta ley fundamental—producto de un largo proceso, casi ininterrumpido, que comenzó en 1815— fue, dentro de nuestra historia constitucional, el documento que comenzó a diseñar y delimitar con precisión las atribuciones del Ejecutivo unipersonal. Su resultado tuvo relevante importancia como antecedente de la Constitución de 1819.

7. La Constitución de 1819.

Aún antes de la sanción del Reglamento, el Congreso que se había trasladado a Buenos Aires comenzó los pasos para dictar una Constitución definitiva.

La Comisión que realizaría el Proyecto quedó integrada por Juan José Paso, Diego Estanislao Zavaleta, José Mariano Serrano, Teodoro Sánchez de Bustamante y Antonio Sáenz. Es posible afirmar, con Luis V. Varela, que estaba compuesta por los más importantes estadistas y juristas de que disponían las provincias.

Podemos afirmar que todo el sistema de la Constitución de 1819 giró alrededor del Poder Legislativo, que, además de sus funciones propias, era el encargado de designar al Director de Estado y tenía competencia, con una mayoría calificada, para reformar la Constitución. Para la organización de este poder adoptó la forma bicameral con una Cámara de Representantes y otra de Senadores, en lo que siguió el modelo de los Estados Unidos. Pero tanto en la composición del Senado como en la forma de elección de sus miembros apareció una idea que ha sido calificada con reiteración como aristocrática y propia más bien de la Constitución inglesa. No obstante, es bien claro que los propósitos y objetivos de ambas instituciones no eran siquiera

similares, puesto que en puridad la representación senatorial, en 1819, era más bien funcional y sectorial. En efecto, formaban parte de esta Sala, además de los Senadores de Provincia, tres senadores militares, un obispo y tres eclesiásticos, un senador por cada Universidad y el Director de Estado saliente. Las disposiciones relativas a este cuerpo no satisficieron ni aun al sector que elaboró el documento. Pocos años más tarde la Comisión redactora de la Constitución de 1826 afirmó que se apartaba del modelo de 1819, en relación a este tema porque “se habían introducido elementos de aristocracia que son siempre peligrosos a las libertades públicas”.

Los derechos y garantías enumerados en la parte dogmática constituyen un amplio repertorio de protección a los derechos de la persona y abarcan un espectro de libertades semejante a las que se reconocen en la Constitución vigente. Se incorporaron, por primera vez en nuestro derecho, disposiciones que reglaban el instituto de la expropiación y establecían sus requisitos. Con respecto a este tema tomó como antecedentes las constituciones francesas de 1793 y 1795. Los arts. CXII y CXIII, que afirmaban los principios de reserva y legalidad, y el CXVII, sobre garantías del sistema carcelario, pasaron casi textualmente a los artículos 19 y 18 de la Constitución hoy vigente.

8. La Ley Fundamental y la Constitución de 1826.

La ley del 27 de febrero de 1824, dictada por la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires, decidió “invitar a los pueblos de la Unión a fin de reunir lo más pronto posible la representación Nacional”. Las trece provincias que la formaban —Jujuy recién se conformó como entidad autónoma en 1834— contestaron la invitación.

El Congreso se inauguró formalmente el 16 de diciembre y el 25 aprobó la Ley Fundamental.

Este documento y las discusiones que se suscitaron durante su tratamiento merecen algún detenimiento.

Después del fracaso práctico de la Constitución de 1819, el debate sobre la forma republicana o monárquica de gobierno finalizó y dio paso a la discusión sobre la forma de estado unitaria o federal, que constituyó el centro desde las primeras sesiones del Congreso. También se emitieron posiciones intermedias como la de Juan José Paso, que entendió que algunas provincias podían organizarse en federación y otras someterse a un régimen centralizado.

El artículo 1 de la ley recordó que las provincias se hallan unidas por un “pacto desde el momento en que se constituyeron en nación independiente” y se obligan “a emplear todas sus fuerzas y todos sus recursos para afianzar su independencia nacional”. De este modo se reafirmó el principio de la preexistencia de una unidad desde el momento en que se declaró la independencia y se cumplió con uno de los objetivos fundamentales del Congreso: lograr la coordinación del esfuerzo bélico que debía realizarse frente al Imperio del Brasil. Los representantes de todas las provincias ratificaron la Declaración de Independencia hecha por el Congreso en 1816. Esto tiene relevante importancia, dado que en la Asamblea de 1824 se encontraban representadas las provincias del litoral, incluida Misiones, que no habían concurrido a Tucumán en razón de que se encontraban bajo la influencia política de Artigas.

Tiene importancia recordar el artículo sexto pues significó el obstáculo definitivo para que la Constitución de 1826 entrara en vigencia:

“La Constitución que sancionará el Congreso será ofrecida oportunamente a la consideración de las provincias y no será promulgada ni establecida en ellas hasta que no haya sido aceptada”. La solución fue diferente a la prevista en la Constitución de 1819, que no hizo referencia a la aceptación provincial y dispuso únicamente: “Esta Constitución será solemnemente jurada en todo el territorio del Estado” (art. CXXXVI). También difirió de la condición prevista en la Carta de Filadelfia, que consignó la necesidad previa de la ratificación por parte de las convenciones de nueve Estados, es decir, tres cuartas partes de los que habían enviado diputados al Congreso”.

Finalmente, en el artículo séptimo se encomendó provisoriamente al Gobierno de Buenos Aires la gestión de las relaciones exteriores y la ejecución y comunicación de las resoluciones del Congreso. Esto quedó sin efecto cuando se sancionó, el 6 de febrero de 1826, la ley que organizó el Poder Ejecutivo permanente.

Después de dictada la Ley Fundamental, se desarrolló durante más de un mes el debate acerca de si era previo a la redacción de la Constitución que las provincias se expidieran sobre la forma de estado que sería adoptada. Por ley del 21 de julio de 1825 se decidió hacer formalmente la consulta.

Transcribo textualmente las afirmaciones que constan en el libro de Actas del Congreso:

“Los provincias o sus Asambleas representativas se han explicado en estos términos: Las provincias de Córdoba, Mendoza, San Juan y Santiago del Estero han manifestado su opinión por el gobierno representativo, republicano *federal*, las provincias de Salta, Tucumán y La Rioja se han pronunciado por la misma naturaleza de gobierno bajo la forma de *unidad o concentrado*, las provincias de Catamarca, San Luis y Corrientes se han librado en esta parte *a lo que delibere el Congreso*, las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos, Santa Fe, Banda Oriental y Misiones *no han pronunciado su opinión*”. Finalmente, el 14 de julio de 1826 se decidió, por 43 votos contra 11, luego de un extenso debate, que la Comisión de Negocios Constitucionales redactara el Proyecto sobre la base de un gobierno “representativo, republicano, consolidado en unidad de régimen”.

Cuando el 28 de agosto de 1826 la Comisión expuso en su dictamen el criterio institucional adoptado manifestó que “no rehúsa confesar que no ha hecho más que perfeccionar la Constitución de 1819” porque “ella tiene a su favor títulos respetables que es justo reconocer y había sido dada por un Congreso de representantes de la Nación legalmente constituido”.

Sin embargo, es preciso recordar que los presupuestos institucionales fueron en ese momento bien distintos a los de 1819, dado que, cuando en 1825 el Congreso encomendó la redacción del Proyecto, ya estaba decidido el sistema republicano, representativo y presidencialista, es decir, había consenso sobre el esquema de organización de los poderes nacionales.

Por eso la Constitución de 1826 fue antecedente directo de la de 1853 en la parte sustantiva de la organización de los poderes Ejecutivo y Legislativo y sus atribuciones y las de cada una de las Cámaras, las prerrogativas e inmunidades de sus miembros, la formación y sanción de las leyes y las responsabilidades y facultades de los ministros.

La Constitución de 1826 constituyó un trabajo teórico de sólido valor jurídico y fue elaborada en forma meditada y minuciosa. Una parte sustancial de sus artículos son antecedente directo de la Constitución vigente. A su vez, éstos en parte importante provienen del texto de 1819.

Es pertinente recordar que la técnica constitucional en el período que consideramos era de muy reciente aparición. Por eso, tanto en nuestro derecho como en el francés, los documentos posteriores en todos los casos simplifican y mejoran la redacción de los antecedentes.

9. Pactos preexistentes.

Antes de la organización en federación, la república estuvo unida en Confederación mediante los pactos preexistentes. De ellos sólo recordaremos el Pacto Federal de enero de 1831 y el Tratado de San Nicolás.

El Pacto Federal fue suscripto, en su origen, por los gobernadores de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos. Alrededor de 1840 llegó a unir a todas las provincias que formaron parte de la Confederación.

Podemos resumir sus cláusulas en los siguientes puntos:

En lo que se refiere a la defensa se establece una alianza ofensivo defensiva, de tal forma que la agresión a uno de los firmantes se considere una agresión a todos ellos. En consecuencia, esto obligaba a “resistir cualquier invasión que se haga, bien sea en el territorio de cada una de las tres provincias contratantes o de cualquiera de las otras que componen el Estado argentino”. También obligaba a cada una de las provincias a no celebrar tratados por sí sola sin previo avenimiento expreso de las demás provincias.

En lo referente al comercio se convenía una zona de libre tránsito de personas y mercaderías, suprimiendo en forma expresa las aduanas interiores y los derechos diferenciales (arts. 8 y 9). Los habitantes de las provincias podían ejercer su industria en cualquiera de ellas con la misma libertad, justicia y protección que los naturales de la provincia en que residan. Se estableció en el art. 10 la institución que en derecho internacional se reconoce con el nombre de cláusula de nación más favorecida, es decir que “no se concederá en una provincia derecho, gravamen, privilegio u exención a las personas o propiedades de los naturales de ella que no se conceda a los de las otras”.

Asimismo se disponía la extradición recíproca de los criminales (art. 7).

Por los arts. 15 y 16 se creaba una “Comisión Representativa de los Gobiernos” formada por un representante por cada provincia y cuya sede debía ser la ciudad de Santa Fe. Esta Comisión tendría como atribuciones el manejo de las relaciones exteriores, la representación exterior y la dirección de la guerra. Es decir, las atribuciones que, en distintas oportunidades y desde 1824, había asumido el gobernador de la Provincia de Buenos Aires.

En el inc. 5° del art. 16 se establecía como atribución de la Comisión “invitar a todas las demás provincias de la República, cuando estén en plena libertad y tranquilidad a que por medio de

un Congreso general federativo se arregle la administración general del país". Esta cláusula fue antecedente de la Convocatoria al Congreso Constituyente de Santa Fe.

El Acuerdo de San Nicolás constituyó el antecedente inmediato del Congreso General Constituyente de 1853.

Para su mejor comprensión es necesario recordar que las provincias mediante el Protocolo de Palermo (6 de abril de 1852) habían acordado designar al general Urquiza encargado de las Relaciones Exteriores hasta que se reuniera el Congreso General Constituyente.

Podemos resumir los puntos principales del Acuerdo de la siguiente manera:

Se declaraba que dado que todas las provincias estaban en libertad y tranquilidad había llegado el caso previsto en el art. 16 del Tratado de San Nicolás que habían firmado todas las provincias (art. 2).

Se ratificaba el libre tránsito de personas y mercaderías dispuesto en el Acuerdo (art. 3).

Se fijaba el número de diputados en dos por cada provincia y se disponía que ellos se elegirían por las mismas reglas establecidas para la elección de diputados a las legislaturas provinciales (arts. 4 y 5).

Se disponía la inviolabilidad de opinión y la inmunidad contra el arresto de los diputados hasta que se sancionara la Constitución. Los provincias podrían retirar sus diputados cuando lo creyeren oportuno, debiendo en ese caso sustituirlos.

Las provincias ratificaron al general Urquiza como Encargado de las Relaciones Exteriores, atribución que ya le habían reconocido los gobernadores de Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes en el Protocolo de Palermo suscripto dos meses antes. Le conferían el título oficial de Director Provisorio de la Confederación Argentina (art. 18).

En tal carácter tenía las siguientes atribuciones:

Promulga la Constitución y la hace cumplir hasta que sea nombrado el primer Presidente (art. 12).

Es general en jefe de los ejércitos de la Confederación teniendo el mando efectivo de todas las fuerzas militares en pie de cada provincia (art. 15).

Tiene a su cargo reglamentar la navegación de los ríos interiores de la República.

Tiene a su cargo la administración general de Correos, la creación y mejora de los caminos públicos y de postas para el transporte de mercaderías.

Finalmente, en el art. 19 se estableció que para sufragar los gastos que demande la administración de los negocios nacionales las provincias concurrirán proporcionalmente con el producto de sus aduanas exteriores.

El acuerdo no fue aceptado por Buenos Aires. Sus representantes consideraron que la igualdad de representación de las provincias en el Congreso y la cláusula del artículo 19 en lo que se refería al pago de los gastos nacionales lesionaba sus intereses.

Buenos Aires se separó de la Confederación y dictó en 1854 la Constitución del Estado de Buenos Aires. Se abrió un período de hostilidades con la Confederación.

10. Pactos especiales.

La paz se concretó mediante el Pacto de San José de Flores, firmado el 10 de noviembre de 1859, que con sus convenios adicionales constituyen los pactos especiales a los que se refiere el art. 31 de la Constitución.

En el Pacto de incorporación se diseñaron las siguientes cláusulas:

Buenos Aires se declaraba parte integrante de la Confederación Argentina (art. 1).

Convocará a una Convención provincial que examinará la Constitución de 1853 (art. 4).

Si la Convención Provincial manifiesta que tiene reformas que hacer en la Constitución lo comunicará al Gobierno Nacional para que el Congreso Federal convoque a una Convención *ad hoc* que las tome en consideración.

Buenos Aires enviará sus diputados con arreglo a su población. Su territorio no podrá ser dividido sin el acuerdo de su Legislatura (art. 5).

Se nacionalizaba la Aduana de Buenos Aires y la Confederación garantizaba a la Provincia su presupuesto de 1859 hasta cinco años después de su incorporación.

Asimismo se convino:

a) “un perpetuo olvido de todas las causas que han producido nuestra desunión”. Como consecuencia, “ningún ciudadano será molestado de modo alguno por hechos ni opiniones políticas, ni confiscados sus bienes por las mismas causas” (art. 10);

b) “el Ejército de la Confederación evacuará el territorio de Buenos Aires” (art. 11).

Como consecuencia de este Pacto se realizó la reforma de 1860. Me referiré a esta Reforma y a las de 1866, 1898, 1957 y 1994 al estudiar por separado cada una de las instituciones.

11. La reforma de 1994.

Los antecedentes de la reforma de 1994 por lo cercanos en el tiempo son suficientemente conocidos.

No obstante, debemos señalar los siguientes hitos.

En octubre de 1993 el Senado de la Nación, después de una elaboración que había comenzado en marzo de ese año, aprobó con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, pero con la oposición de los Senadores de la Unión Cívica Radical y de los representantes de los partidos Liberal y Autonomista de Corrientes, un proyecto de Reformas cuya debilidad era que había sido impuesto por una parcialidad.

Frente a la aprobación de este proyecto y con el propósito declarado de realizar la Reforma por consenso, el Dr. Carlos Saúl Menem, como presidente titular del Partido Justicialista, y el Dr. Raúl R. Alfonsín, como presidente del Comité Nacional de la Unión Cívica Radical, firmaron el 14 de noviembre de 1993 un acuerdo tendiente a impulsar un proyecto de reforma constitucional, *sin introducir* —conviniéron— modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución Nacional.

El acuerdo se renovó y tomó forma más específica y concreta el 13 de diciembre de ese año, fecha en que se firmó un nuevo documento que amplió las coincidencias anteriores.

A partir de estas coincidencias, el 29 de diciembre de 1993 se sancionó la ley 24.309, de Declaración de la necesidad de la reforma de la Constitución.

La ley estableció un núcleo denominado de *coincidencias básicas* y, además, puntos habilitados para la reforma. El art. 5 de la ley definió que los temas que estaban redactados en forma precisa en el núcleo de coincidencias “deberán ser votados conjuntamente, entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes”.

A pesar de la oposición que suscitó esta norma que implicaba un menoscabo de la autonomía de las decisiones de los convencio-

nales ¹, dado que los obligaba a pronunciarse por la afirmativa o negativa frente a normas que merecían una dispar valoración, la Reforma fue jurada por la totalidad de los convencionales.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- Arturo E. Sampay, *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*. Recopilación de textos, EUDEBA, 1975.
- Luis V. Varela, *Historia Constitucional de la República Argentina*, La Plata, Taller de Impresiones Oficiales, 1910.
- Carlos E. Colautti, *Antecedentes de la Constitución Argentina*, Abeledo-Perrot, 1979.
- Carlos E. Colautti, *Proyectos Constitucionales Patrios (1811-1826)*, Ediciones Culturales Argentinas, 1983.
- Germán Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, *La Reforma Constitucional de 1994*, Ediar, 1995.

¹ Este artículo de la ley 24.309 fue impugnado ante la justicia en los casos "Polino" (CS, 7/4/94) y "Romero Feris" (CS, 1/7/94).

CAPÍTULO II

1. Contenido y método de la Constitución Nacional.

La Constitución Nacional se compone de dos partes. La Primera comprende dos Capítulos: “Declaraciones, Derechos y Garantías” (arts. 1 al 35) que corresponden a la Constitución de 1853/60 y “Nuevos derechos y garantías” (arts. 36 a 43), que fueron incorporados por la Reforma de 1994. Recordamos que la ley 24.309, sancionada el 29/12/1993, que declaró la necesidad de la reforma constitucional, dispuso en su art. 7 que “la Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional”. No obstante, el art. 3 previó incluir nuevos derechos y garantías mediante la incorporación de un Capítulo Segundo a esta Primera Parte.

Como consecuencia, bajo el acápite “Nuevos Derechos y Garantías” fueron incorporados en la reforma de 1994 los artículos 36 a 43, que incluyen instituciones como la defensa de la democracia y la ley de ética pública (art. 36), dan rango constitucional a las características del sufragio de la ley Sáenz Peña, prevén la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos (art. 37), confieren rango constitucional a los partidos políticos (art. 38), prevén la iniciativa y la consulta popular (arts. 39 y 40), insertan los derechos relacionados con el medio ambiente (art. 41) y los del consumidor y el usuario (art. 42), incluyen el *habeas data* y dan rango constitucional a la acción de amparo y al *habeas corpus* (art. 43).

La doctrina denomina a la Primera Parte, parte dogmática, aunque algunos de los artículos del Capítulo Primero de la Constitución de 1853/60 se refieren a instituciones que atañen a la organización del poder, como la intervención federal a las provincias y el estado de sitio.

La denominación de parte dogmática implica una toma de posición, dado que en este contexto el adjetivo alude a los principios doctrinales de la Constitución.

La Segunda Parte describe, bajo el título “Autoridades de la Nación”, lo que la doctrina denomina parte orgánica o derecho constitucional del poder, como con acierto califica Germán Bidart Campos. Como consecuencia de la forma de estado federal adoptada, esta Segunda Parte comprende dos títulos “Gobierno Federal” y “Gobiernos de Provincia”. Siguiendo el sistema de gobierno presidencialista previsto, el Título Primero —en el texto de la Constitución histórica— se componía de tres secciones, correspondientes a cada uno de los poderes: “Del Poder Legislativo”, “Del Poder Ejecutivo” y “Del Poder Judicial”. La reforma de 1994 incorporó en la Sección Primera dos Capítulos: “De la Auditoría General de la Nación”, y “Del Defensor del Pueblo”. A la Sección Segunda, el Capítulo Cuarto “Del Jefe de Gabinete y demás Ministros del Poder Ejecutivo”, y al esquema tripartito de la Constitución de 1853/60 —que concordaba con cada uno de los poderes clásicos— añadió una Sección Cuarta denominada “Del Ministerio Público”, lo que abre el debate acerca de su caracterización como órgano *extrapoder*.

El Título que se refiere a los gobiernos de provincia no está subdividido en secciones. En la reforma de 1994 se incluyó un artículo que se refiere al gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires que estudiaremos en el Capítulo correspondiente.

Finalmente, la Constitución tiene diecisiete disposiciones transitorias.

2. Las cláusulas constitucionales. Su operatividad.

La operatividad de las normas constituye un problema de teoría general del derecho de singular importancia. Es uno de los temas axiales de la teoría pura de Kelsen, quien afirma que “el proceso a través del cual el derecho constantemente se crea a sí mismo va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. Es un proceso de individualización y concreción siempre creciente que culmina en las decisiones judiciales y comienza en el establecimiento de la Constitución” (*Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 140).

En el desarrollo posterior de este tema, Alf Ross sostiene que todas las normas del derecho constitucional son normas de competencia, dado que ellas indican las condiciones básicas para el establecimiento del derecho vigente que luego es “individualizado” en la sentencia. En líneas generales, para Ross, los temas básicos de esta rama del derecho constituyen una exposición:

1) de la constitución de los órganos del Estado; 2) del procedimiento mediante el cual éste ejerce su potestad, y 3) de los límites materiales de su potestad (*Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 199). En consecuencia, la primera distinción útil que aparece es aquella que diferencia entre las cláusulas de competencia negativa o prohibitiva, que limitan la actividad de los poderes políticos porque aseguran un marco de libertad, y las normas de competencia afirmativa o positiva, que establecen directivas para la acción de los poderes públicos.

Las cláusulas que se refieren a lo que la doctrina —siguiendo a Germán Bidart Campos— denomina derecho constitucional del poder son de este último tipo, dado que establecen directivas. Según su redacción, pueden ser directamente operativas, por ejemplo: “En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación argentina, reunidos en Congreso... decretan o sancionan con fuerza de ley” (art. 84). Es inequívoco que esta norma no requiere un dispositivo complementario para su implementación. Otras, como: “El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo” (art. 85), exigen sin duda el dictado de legislación complementaria. En consecuencia, son no directamente operativas.

Los derechos y libertades individuales que constituyeron el objeto primordial del constitucionalismo clásico implican, en última instancia, una competencia negativa en cuanto fijan límites a la potestad del Estado. De esta manera, tienden a amparar los derechos de los particulares. Pero también algunos de los derechos denominados sociales tienen la característica de limitar el campo de la competencia estatal frente a los derechos que la norma constitucional pretende proteger. Entre ellos podemos citar el derecho de huelga, que una vez incorporado a la Constitución implica una competencia negativa, es decir que el Estado no puede dictar normas que conculquen el derecho.

Todas las cláusulas constitucionales prohibitivas o negativas —se trate de derechos individuales o sociales— son directamente operativas, en razón de que implican una directiva de abstención por parte del Estado. Frente a la comprobación de que una norma es restrictiva, el órgano jurisdiccional, en el caso concreto, hace cesar la restricción y declara la no aplicabilidad de la norma.

En cambio, los derechos sociales —incluidos en la Constitución—, que implican atribución de competencias dado que indican pautas para el accionar de los poderes, tienen necesariamente una

eficacia restringida en cuanto requieren el dictado de normas complementarias para que la cláusula constitucional opere. Esto aparece con claridad, por ejemplo, en el art. 14 bis, correspondiente a los derechos sociales, que defiere expresamente a las leyes la implementación de los derechos que enuncia.

Creemos que también es útil distinguir entre cláusulas no directamente operativas y cláusulas programáticas.

Las cláusulas no directamente operativas —como dijimos— requieren para su operatividad una norma infraconstitucional que las regule; por ejemplo, la ley debe establecer los límites de la jornada de trabajo. Existen otros derechos, como las condiciones dignas y equitativas de labor, el derecho a una vivienda digna o las cláusulas ideológicas del Preámbulo, que implican la necesidad de un programa de gobierno. No basta con la sanción de una norma. En este sentido, estas cláusulas constitucionales pueden denominarse programáticas.

Hecha esta distinción entre *cláusulas operativas*, no directamente operativas y *programáticas*, podemos referirnos al problema de la operatividad restringida, por cuanto todas las cláusulas constitucionales que enuncian derechos, sean individuales, sociales o económicos, operan como directivas de interpretación para el Poder Judicial. Aun los preceptos que se refieren a deberes que están supuestamente a cargo de la “sociedad”, de la “comunidad” o del “pueblo”, a los cuales parte de la doctrina niega el carácter de normas (Vanossi, *El Estado de Derecho y el Constitucionalismo Social*, p. 299), constituyen pautas de aplicación para el intérprete, pues su sentido reside en que tienden a privilegiar algunos valores.

3. El Preámbulo. Comparación y valor.

Las Constituciones del período clásico, es decir, las que se sancionaron durante el siglo XIX, incluían sin excepción un preámbulo que indicaba los propósitos del nuevo Estado.

Joaquín V. González realizó una introducción magistral al tema, que transcribimos incluyendo sus *conceptos* destacados.

“Cuando vamos a emprender el análisis de la Carta que asegura las libertades del pueblo argentino, el Preámbulo de la Constitución en que ésta confirma y cumple el voto del Congreso de 1816 que proclamó la Independencia y declara sus propósitos generales y definitivos, diciendo:

”Nos los representantes del Pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente, por voluntad y

elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de *constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*; invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia; ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina” (*Manual...*, p. 82).

El Preámbulo de nuestra Constitución tiene como antecedente indudable el de la Constitución de Estados Unidos; no obstante, nos interesa subrayar el sello ecuménico que se extiende a *todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*. El concepto forma parte de la ideología universalista de Juan Bautista Alberdi, que esbozó en las *Bases...* y que más tarde desarrolló en *El Crimen de la Guerra*. Esta idea, típica del derecho constitucional contemporáneo, estaba ausente en el de la época. Demuestra la visión de un grupo de hombres —de calidad estadísticamente improbable—, al que denominamos “padres de la Constitución”.

El Preámbulo constituye la máxima directiva interpretativa de nuestra Constitución. Leeremos sus cláusulas en las decisiones cruciales que la Corte Suprema de Justicia dictó durante más de ciento veinte años.

4. El Estado argentino. Sus nombres.

La Convención reformadora de 1860 incluyó en la Primera Parte de la Constitución cuatro nuevos artículos: los arts. 31 a 35.

Este último trata sobre los nombres del Estado:

“Las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente, a saber: *Provincias Unidas del Río de la Plata, República Argentina, Confederación Argentina*, serán en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del gobierno y territorio de las provincias, empleándose las palabras «*Nación Argentina*» en la formación y sanción de las leyes”.

La adición fue propuesta por Dalmacio Vélez Sarsfield, y apoyada por José Mármol y Domingo Faustino Sarmiento (Ravignani, *Asambleas...*, t. IV, ps. 934 a 938), como una opción para que no quedara como única denominación la de Confederación Argentina, que fue la adoptada por la Constitución en su texto de 1853.

Como consecuencia de la previsión de que para la sanción de las leyes se utilizara la fórmula “Nación Argentina”, en 1860 se modificó íntegramente la letra constitucional, dado que esta fórmula sustituyó, en todos los artículos, a la anterior “Confederación Argentina”.

5. Relaciones con la Iglesia.

La Constitución de 1853/60 adoptó, en lo que se refiere a las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica, la fórmula que había ideado Alberdi en su proyecto de Constitución¹.

El art. 2 afirma:

“El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”.

Se apartó así de lo que establecían los documentos constitucionales patrios, que desde 1815 disponían, en líneas generales, que “La religión católica apostólica romana *es la religión del Estado*”.

La Reforma de 1994 modificó algunos aspectos vinculados con la religión católica.

En efecto, suprimió del art. 76 (hoy, 89) el párrafo que establecía como requisito para ser presidente de la República “pertenecer a la religión católica apostólica romana”. En forma correlativa suprimió de la fórmula de juramento (art. 79, hoy, 93) la obligación de jurar “por Dios nuestro Señor y estos Santos Evangelios”.

La reforma también eliminó los incs. 8 y 9 del art. 86, que se referían al ejercicio del patronato en relación a la designación de los obispos y a la autorización de documentos del Sumo Pontífice de Roma. Con esto adecuó la Constitución formal a lo que ya había dispuesto el Acuerdo de 1966 entre la Santa Sede y la República Argentina, por el cual el gobierno federal convino en renunciar al ejercicio del patronato. Asimismo, suprimió el párrafo del art. 67, inc. 15, que disponía como atribución del Congreso la de promover la conversión de los indios al cristianismo.

Joaquín V. González sostenía que la Constitución, con la regla del art. 2, quiso afirmar que “los gastos del culto serían pagados por el tesoro nacional, incluidos en su presupuesto y sometidos por consiguiente al poder del Congreso” (*Manual...*, n° 140). Este

¹ El proyecto de Alberdi disponía: “La Confederación adopta y sostiene el culto católico y garantiza la libertad de los demás”.

concepto no ha sido unánime en la doctrina, dado que algunos autores de la primera generación de maestros del derecho constitucional, como Estrada, concedían una mayor amplitud al verbo *sostener*. Después del Acuerdo con la Santa Sede de 1966 y de la reforma de 1994, es inequívoco que la interpretación del vocablo “sostiene” se limita a esta connotación de tipo económico: el gobierno federal sostiene alguno de los gastos de la Iglesia. Debemos añadir que algunas constituciones provinciales, como la de San Luis, disponen que la provincia coopere con el sostenimiento del culto católico.

El Acuerdo de 1966 reconoció, en breve síntesis, los derechos de la Santa Sede de ejercer jurisdicción en el ámbito de su competencia; de publicar y comunicar libremente las disposiciones relativas al gobierno de la Iglesia y su ministerio; de erigir, modificar o suprimir las circunscripciones eclesiásticas, y de nombrar arzobispos y obispos. En los dos últimos casos, deberá comunicar previamente sus intenciones al gobierno y luego notificar la decisión tomada.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Operatividad de las normas:

Carlos E. Colautti, *Las disposiciones constitucionales sobre el orden jurídico y social*, “L.L.”, 1985-B, p. 739.

Relaciones con la Iglesia:

Pedro José Frías, *El Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, Córdoba, 1975.

Alejandro Prince, *Iglesia-Estado*, Ed. del Instituto Internacional de Investigaciones Interdisciplinarias, Bs. As., 1994.

CAPÍTULO III

PODER CONSTITUYENTE Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

1. Poder constituyente.

La teoría del poder constituyente, de raíz iusnaturalista, implica, en su desarrollo contemporáneo, el derecho inalienable de los pueblos de darse sus propias instituciones. Hoy es un principio no controvertido que esta capacidad reside en el pueblo.

Desde nuestro punto de vista, el concepto se desarrolla con propiedad, en forma descriptiva, en el art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos con el mismo contenido y numeración), que hoy están incorporados a la Constitución Nacional: *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”*.

El problema de la validez de las normas es uno de los temas claves de la teoría general del derecho y excede el ámbito del derecho constitucional. Pero es indudable que todas las comunidades de Occidente tienen una norma básica de referencia a la que denominan Constitución. En ese sentido, es posible afirmar que nuestra comunidad acepta como primera Constitución histórica a la de 1853.

El ejercicio efectivo del denominado poder constituyente originario es simplemente —como lo intuyó con genialidad Kelsen— una hipótesis para poder pensar en el proceso de creación del derecho. Es posible afirmar, en consecuencia, que el ejercicio del poder constituyente originario —en Occidente y en la actualidad— encuentra necesariamente sus límites en lo que podemos denominar fondo jurídico común. Es decir, el sistema de derechos y garantías básicas que conciernen a la dignidad del ser humano y que se ha ido desarrollando en un proceso histórico. La

certeza acerca de su desarrollo —en un proceso que, desde luego, no ha sido lineal sino dialéctico— abarca un período de tres milenios, aproximadamente.

2. Procedimiento reformador.

Las constituciones escritas deben prever la posibilidad de su reforma. Alberdi advertía: “No se ha de aspirar que las constituciones expresen las necesidades de todos los tiempos. Como los andamios de que se vale el arquitecto para construir los edificios, ellas deben servir en la obra *interminable* de nuestro edificio político, para colocarlas hoy de un modo y mañana de otro, según las necesidades de la construcción” (*Bases...*, cap. XI). Como es necesario que las normas constitucionales se diferencien de las ordinarias no sólo por su contenido sino también por su forma, para asegurar de este modo tanto su permanencia como su supremacía, la propia Constitución prevé un procedimiento dificultado para su reforma.

Por su claridad, nos parece conveniente transcribir lo que Kelsen exponía al respecto: “La doctrina de este *poder constituyente* no puede tener otro sentido que el de poner dificultades a la modificación de las normas que fundamentan ciertos casos del derecho positivo. Las formas típicas de estos requisitos son: una mayoría especial (dos tercios, tres cuartos) y un número total de votantes mayor que de ordinario, como condiciones de validez de la votación; diversos acuerdos acerca de la reforma constitucional, que a veces pueden repartirse entre distintas legislaturas o períodos; finalmente el planteo de la reforma ante una asamblea «*constituyente*» elegida para el caso, o directamente ante el pueblo”.

Es por esta razón que creemos poco fructífera la distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado. Este último no es constituyente sino constituido —actúa por delegación de los poderes constituidos— y, en puridad, no constituye un poder sino un procedimiento para la sanción de las normas de superior jerarquía.

3. Límites.

Pensamos que a partir de la idea desarrollada por Walter Jellinek en su trabajo *Límites de la legislación constitucional* es

posible encarar este problema sin recurrir a conceptos no jurídicos, como el de los contenidos “pétreos”, o a fundamentos de axiología iusfilosófica.

Jellinek distingue dos tipos de límites al poder reformador:

a) *Autónomos*: es decir, límites jurídicos internos que contiene la constitución originaria.

1) *Cláusulas pétreas*: previsiones de la constitución originaria referidas a la inmutabilidad del contenido.

2) *Cláusulas procesales*: previsiones de la constitución originaria referidas al procedimiento.

b) *Heterónomos*: es decir, límites jurídicos externos a la constitución originaria.

1) *Pactos*: que en los Estados de forma federal regían las relaciones entre los Estados particulares antes de la sanción de la constitución originaria.

2) *Tratados*: de los que surgen obligaciones de tipo internacional.

Por nuestra parte, creemos que el poder constituyente originario, en aquellos países que forman parte de la comunidad internacional, en el estadio actual del derecho, tiene los límites que surgen de los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, dado que se han comprometido a respetarlos al suscribir la Carta de Naciones Unidas o los tratados regionales que unen a los países de su región. Es necesario subrayar que en la actualidad no existen países aislados del orden internacional. El poder constituyente originario también podría encontrar sus límites cuando ocurren fusiones de Estados en los tratados preexistentes que las preveían.

4. Aplicación de estos principios a nuestro derecho.

A pesar de que el art. 30 comienza diciendo: “La Constitución puede reformarse *en el todo o en cualquiera de sus partes...*”, desde nuestro punto de vista, en nuestro sistema, el poder reformador está limitado por los principios que derivan de los pactos preexistentes aludidos en el Preámbulo (fundamentalmente, el Federal de 1831 y el de San Nicolás) y de los especiales a que hace mención el art. 31 (Pacto de San José de Flores y sus complementarios). Es decir que el sistema representativo, republicano y

federal, previsto en los tratados y que fue adoptado en el art. 1 de la Constitución, no puede ser suprimido. Esto no impide que los órganos que tienen a cargo la reforma puedan introducir las normas que consideren necesarias para el mejor desenvolvimiento del sistema cuyas bases se establecen en el art. 1. El poder reformador no puede avanzar sobre estos límites. Ellos sólo pueden ser superados por un nuevo ejercicio, por la vía revolucionaria, del poder constituyente originario.

Excede, desde luego, el propósito de este trabajo analizar el concepto de revolución; sólo queremos recordar que, desde el punto de vista jurídico y de acuerdo con Carlos Cossio, estamos frente a una revolución cuando se rompe con la lógica de los antecedentes en la creación normativa. Es decir, cuando constatamos que las normas no se han creado conforme a lo que dispone la normativa anterior.

Con respecto a los límites que surgen del derecho internacional, es pertinente precisar que a partir del holocausto perpetrado durante la Segunda Guerra Mundial y del genocidio de Hiroshima y Nagasaki, el mundo ingresó en una nueva concepción de los derechos humanos. Durante ese lapso se estructuró una creciente interrelación entre los miembros de la comunidad internacional y las sociedades tomaron conciencia de que principios tales como el respeto de la dignidad humana deben ser encarados en el marco de la solidaridad mundial.

Sucesivos hechos de fuerza a los que fue sometida nuestra comunidad, que implicaron reiterados crímenes contra la dignidad humana y derivaron en una improvisada guerra internacional con víctimas inocentes, demoraron, contra lo indicado por nuestras más arraigadas tradiciones, la inserción de nuestro país en el sistema internacional de derechos humanos.

Los principios generales que derivan de este derecho constituyen también un límite para el poder reformador. Éste podrá, en consecuencia, perfeccionar las declaraciones, derechos y garantías, e incorporar con jerarquía constitucional los tratados internacionales como lo ha hecho la reforma de 1994, pero no está facultado para introducir reformas que puedan significar un retroceso del sistema que ha ganado con dolor nuestra comunidad.

5. Cláusulas pétreas.

Las cláusulas pétreas constituyen prohibiciones o límites expresos para el poder reformador dispuestos en el texto consti-

tucional. Es conocida, por ejemplo, la cláusula pétrea de la Constitución de la República de Francia de 1958, que dice: “La forma republicana de gobierno no puede ser objeto de reforma” (art. 89, párrafo 5°), lo que constituye un límite infranqueable dentro del procedimiento reformador.

Si bien, como hemos dicho, el art. 30 de nuestra Constitución comienza diciendo que “la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes...”, las directivas del art. 17 (“la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino”) y del art. 18 (“quedan abolidas para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes”) limitan la competencia del poder reformador. Su inclusión constituyó un aporte tendiente a asegurar los principios del art. 1 frente a las luchas fratricidas.

6. El procedimiento de reforma previsto por la Constitución.

El art. 30 dispone:

“La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de las dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

Ya nos hemos referido a la interpretación del primer párrafo. De los siguientes, se desprenden dos etapas:

a) Etapa prerreformadora.

“La necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de las dos terceras partes, al menos de sus miembros”.

Desde nuestro punto de vista, la necesidad a que alude la Constitución es un concepto jurídico. Es decir que cuando la norma dispone que el Congreso declara la necesidad de la reforma, presupone que los objetivos perseguidos exceden las competencias de los poderes constituidos y sólo pueden lograrse mediante la modificación de alguna de las normas de base. Esta regla fue advertida con claridad en las primeras décadas de la organización y se reflejó en las sanciones de 1860, 1866 y 1898, en las que la ley de convocatoria dispuso reformas que no podrían ser llevadas a cabo por medio de la legislación ordinaria.

En 1949 (ley 13.233), se abandonó por primera vez dicha regla, dado que la Convocatoria tuvo una gran amplitud:

“Declárase necesaria la revisión y reforma de la Constitución Nacional a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones, para la mejor defensa de los derechos del pueblo y bienestar de la Nación”. Esta redacción fue impugnada por la doctrina porque no expresaba con claridad qué artículos quedarían sujetos a reforma. La reforma fue posteriormente anulada.

El texto de la convocatoria efectuada por el gobierno de facto en 1957 también tuvo gran amplitud e imprecisión en cuanto a los contenidos.

La ley 24.309, que convocó a la Convención reformadora de 1994, habilitó a la Convención para tratar numerosos temas que no requerían reforma constitucional, como la incorporación de instituciones que ya estaban reguladas por ley: el defensor del pueblo, la preservación del medio ambiente, el respeto de la identidad de los pueblos indígenas, la defensa del usuario y del consumidor, etc.

La mayoría que requiere el art. 30.

La necesidad de reforma “*debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos de sus miembros*”.

La redacción de esta norma suscitó dos interrogantes: si la votación debía realizarse por el Congreso reunido en asamblea de las dos Cámaras o por éstas por separado, y si las dos terceras partes debían computarse sobre la totalidad de los miembros de cada Cámara o sobre los miembros presentes.

Respecto del primer tema, la Constitución, en el texto de 1853, dispuso que la reforma sólo podía iniciarse por el Senado. Esto implicaba que las dos Cámaras, como lo disponían las constituciones de 1819 y 1826, debían sesionar por separado. Los antecedentes de las reformas posteriores han sido inequívocos en el sentido de que la votación debe efectuarse en cada Cámara por separado.

No han sido tan inequívocos en cuanto al cómputo de las mayorías, dado que las leyes que declararon la necesidad de la reforma en 1860, en 1866 y en 1949 fueron sancionadas con un voto afirmativo superior a las dos terceras partes de los miembros presentes, pero inferior a los dos tercios de la totalidad de los miembros que componían cada una de las Cámaras. La necesidad fue declarada, en 1957, por el dec. 3838 del gobierno de facto.

La ley 24.309, que convocó a la Convención reformadora de 1994, tuvo una amplia mayoría en ambas Cámaras, que superó a las dos terceras partes de la totalidad de los miembros. Desde nuestro punto de vista, este precedente ha fijado en forma firme

la interpretación constitucional del art. 30. Esto se ve ratificado por la regla del art. 75, inc. 22, párrafo 3º, que veremos en este mismo capítulo y que implica la posibilidad de incorporar tratados con jerarquía constitucional con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

La ley que declara la necesidad de la reforma debe convocar también a la Convención reformadora. La ley debe, por tanto, contener disposiciones referentes a:

- a) fecha de la elección y de la reunión;
- b) número de convencionales;
- c) sistema electoral a aplicar;
- d) condiciones para ser electo convencional;
- e) lugar de la reunión;
- f) duración de las sesiones.

b) La Convención reformadora.

Aunque las convenciones se denominan a sí mismas constituyentes y también emplean ese adjetivo las leyes de convocatoria, la Convención reformadora —como dijimos— es un poder constituido, ya que es convocada por el Congreso y actúa dentro de los límites fijados por la ley que declara la necesidad. Sólo el Congreso puede definir el ámbito o la necesidad de la reforma.

Al convocar a la Convención de 1898, el miembro informante del Senado resumió en forma precisa el concepto: “Las cláusulas de la ley son las condiciones con que el pueblo elige a los convencionales” (*Diario de Sesiones, Senado de la Nación, 1897, p. 275*). “Las facultades de la Convención no pueden ser más extensas que las que el Congreso le acuerde, o el pueblo, más bien dicho, por medio de su representación en el Congreso” (*ídem, ps. 282 y 283*).

Es decir que el Congreso establece el marco de la actuación de la Convención e incluso puede disponer una redacción indicativa de las disposiciones, como se hizo en 1994. La Convención no puede excederse de los límites trazados, pero —como se decidió en 1898— no está obligada a tratar todos los puntos de reforma que estipuló el Congreso.

En 1994 se fijó un antecedente de dudosa constitucionalidad, que así fue calificado ante la asamblea e impugnado ante la justicia, dado que la ley de convocatoria estableció la obligación de votar en un solo acto, como si fuera una unidad y en sentido afirmativo o negativo, lo que se denominó “núcleo básico de coincidencias”. Éste comprendía temas que podían merecer dispar valoración, como la aceptación constitucional de los decretos de

necesidad y urgencia, por una parte, y la elección directa del intendente de la ciudad de Buenos Aires, por la otra. Se obligaba así a los convencionales a tener un mismo criterio sobre temas que carecían de vinculación lógica o axiológica.

El Congreso también fija el lapso para que la Convención finalice su cometido y puede disponer que este plazo sea improrrogable, como lo hizo la ley 24.309 de 1994.

Además de las facultades que le confiere la ley, la Convención tiene todas las facultades implícitas de los cuerpos legislativos: reglamentarias (dicta su propio reglamento); disciplinarias (puede sancionar a sus miembros), y económicas (confecciona su presupuesto en función de la partida global asignada por el Congreso).

7. La incorporación con jerarquía constitucional de tratados sobre derechos humanos.

El art. 75, inc. 22, párrafo 3º, incorporado en la reforma de 1994, dispone:

“Los... tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Este dispositivo indica una forma indirecta de incluir nuevas disposiciones en la Constitución. Una vez que los tratados han sido aprobados en la forma que veremos en el Capítulo VI, el Congreso puede incorporarlos a la Constitución mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros. Por este medio, es posible introducir reformas sin necesidad de la convocatoria a una Convención reformadora.

8. La “inconstitucionalidad” de la reforma constitucional.

Este problema es una consecuencia inmediata del dilema sobre los límites del poder reformador, en razón de que la posibilidad de que se declare la inconstitucionalidad de las normas incluidas en la Constitución sólo aparece cuando se reconocen sus límites.

Nos referimos a la reforma, por cuanto el poder constituyente denominado originario sólo reconoce límites que provienen de ordenamientos externos, es decir —en el estadio actual del

derecho—, los fijados por la comunidad internacional o por los Estados particulares que se unen en un nuevo Estado.

En la década del cuarenta se desarrolló una célebre polémica entre dos grandes de nuestro derecho, Segundo V. Linares Quintana y Julio César Cueto Rúa. Linares Quintana, con cita de numerosa doctrina judicial de Estados Unidos, reafirmó su conocida postura iusnaturalista y observó que “resulta de particular interés destacar que la idea de la existencia de un derecho natural superior a la Constitución misma, se encuentra trasuntada en todas y cada una de las disposiciones de nuestra Constitución, así como en el pensamiento de nuestros prohombres y en la tradición constitucional del país”. De ello concluía que no se comprendía cómo, por vía de reforma o enmienda, la Constitución podía ser destruida.

A su vez, Cueto Rúa, “a la luz de la teoría pura del derecho de Kelsen y de las aportaciones iusfilosóficas de Carlos Cossio”, realiza la siguiente distinción:

a) Es posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de cualquier reforma constitucional si para sancionarla no se ha seguido el procedimiento establecido en la Constitución.

b) Es posible también declarar la inconstitucionalidad si el contenido está prohibido para siempre por la misma Constitución. Da como ejemplo el art. 18, que prohíbe *para siempre* la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes.

c) Es posible modificar válidamente la Constitución, aunque la reforma implique afectar los “principios” que la sustentan, aunque éstos sean los del derecho natural.

El tema, más allá del planteo de teoría de la Constitución, está vinculado estrechamente con la justiciabilidad de las cuestiones políticas, que veremos más adelante. La Corte Suprema fijó posición al respecto en el caso “Soria de Guerrero” (“Fallos”, 256:556, 1963).

9. El poder constituyente de las provincias.

El art. 5 de la Constitución, en lo pertinente, dispone:

“Cada provincia dictará para sí una Constitución, bajo el sistema representativo, republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria”.

Este artículo define una de las notas sustanciales de la autonomía de las provincias. Indica también la necesidad de concordancia entre los principios de las constituciones provinciales con la nacional y, además, ciertos contenidos que las cartas provinciales deben prever: la administración de justicia, el régimen municipal y la organización de la educación primaria, temas que trataremos más adelante. Pero lo que atañe a la sustancia del tema es que la Constitución Nacional impone límites y contenidos a las provinciales.

El art. 123 ratifica estos principios: "Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5...".

La Constitución disponía, en su texto de 1853, que "las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación...". Ocho provincias sometieron sus constituciones al Congreso de la Nación, el que, sin representación de Buenos Aires, estaba reunido en Paraná.

La cláusula fue suprimida en la reforma de 1860. Vélez Sarsfield fundamentó la supresión diciendo que así como el gobierno federal carecía de competencia para derogar las leyes inconstitucionales que dictaran las provincias, puesto que esto era competencia de los tribunales de justicia, el Congreso no podía examinar las constituciones provinciales dado que éstas no son más que una ley, "la suprema de las leyes" (Ravignani, *Asambleas...*, t. IV, p. 809).

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Procedimiento de reforma:

Carlos E. Colautti, *Reflexiones acerca de los aspectos jurídicos del art. 30 de la Constitución Nacional*, "L.L.", 1993-E, p. 1249.

— *Reflexiones acerca de la ley que declaró la necesidad de la reforma*, "L.L.", 1994-B, p. 765.

Alberto A. Spota, *Facultades de la Convención reformadora en la Constitución Nacional*, "L.L.", 1994-B, p. 927.

Constitucionalidad de la reforma constitucional:

Julio César Cueto Rúa, *¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?*, "L.L.", 136-1100.

Segundo V. Linares Quintana, *¿Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional?*, "L.L.", 134-1153.

Tratados internacionales:

- Germán Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, t. VI, ps. 550 y ss.
- María Celia Castorina de Tarquini, *Supremacía constitucional. El nuevo orden*, en Dardo Pérez Guilhou y otros, *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, Ed. Depalma, 1995.
- Carlos E. Colautti, *Los tratados internacionales y la reforma de la Constitución*, "L.L.", 1994-D, p. 1145.
- Ernesto De la Guardia, *El nuevo texto constitucional y los tratados*, "E.D.", 31/10/94 y 17/12/95.
- María Cecilia Recalde de Villar, *Tratados internacionales. Jerarquía normativa*, "L.L.", 1/8/95.
- Néstor Pedro Sagüés, *Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina*, "L.L.", 1994-E, p. 1036.
- Juan Antonio Travieso, *La reforma constitucional argentina de 1994*, "L.L.", 12/12/94.

CAPÍTULO IV

**SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN
Y JERARQUÍA DE LAS NORMAS**

1. Supremacía del derecho federal sobre el derecho local.

De conformidad con el sistema federal adoptado, nuestra Constitución Nacional establece, por una parte, la supremacía del derecho federal sobre el derecho local y, por otra, la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico.

El art. 31 —que sigue el modelo del art. VI, párrafo 2º, de la Constitución de Estados Unidos— dispone:

“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”.

En la doctrina de Estados Unidos, esta regla se conoce como el *tornillo maestro* de la Constitución, dado que es la pieza que mantiene unida toda la estructura. Cuando una norma local está en contradicción con las normas federales (Constitución Nacional, leyes y tratados), son éstas las que deben prevalecer. El derecho federal es *ley suprema de la Nación*. Las autoridades de las provincias están obligadas a conformarse a ellas, aun cuando las leyes o constituciones provinciales incluyan disposiciones contrarias.

La Constitución de los Estados Unidos —antecedente inmediato de esta regla— establece: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que de ella dimanen y todos los tratados que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos constituirán la ley suprema de la Nación; y los jueces de todos los Estados tendrán obligación de acatarla a pesar de cualquier disposición

contraria que pudiera estar contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado” (art. VI, párrafo 2). La disposición fue reglamentada por la *Judiciary Act* de 1798.

Este *tornillo maestro* genera —como veremos en el Capítulo XIV— el recurso extraordinario o recurso federal que reglamenta el art. 14 de la ley 48, y que tuvo nacimiento como instrumento para defender la supremacía del derecho federal sobre el local.

El art. 31 finaliza con la frase “salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”. Los fundamentos de este párrafo introducido por la reforma de 1860 tienen raíz histórica. La propuesta de la Convención reunida en Buenos Aires decía: “Salvo en los tratados, aquellas provincias que no hubiesen tenido representación en el Congreso al tiempo de su aprobación” (Ravignani, *Asambleas...*, t. IV, p. 1015). En efecto, después del Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859, el 26 de febrero de 1860 el presidente Urquiza promulgó —luego de haber sido aprobado por el Congreso de Paraná— el Tratado de paz y reconocimiento de la Confederación que Alberdi había firmado con España (ley 228). En este Convenio se reconocía a los hijos de españoles que nacieran en el territorio de la Confederación el derecho a la nacionalidad española, tema que irritaba al grupo dirigente de Buenos Aires, dado que si se aplicaba en la ciudad de Buenos Aires el derecho de la sangre, el número de extranjeros superaría a los nativos. En consecuencia, en la reforma de 1860 se agregó este párrafo para privar de validez a dicho Tratado en el ámbito de la provincia.

2. Supremacía de la Constitución.

En los Estados Unidos se entiende que la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento, incluidas las leyes federales y los tratados, tiene su fundamento en el art. VI —que hemos transcritto— cuyo contenido es similar al del art. 31.

Nuestros constituyentes quisieron que esta supremacía quedara fuera de toda duda e incluyeron dos normas expresas sobre el tema. El art. 28, que dice que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, y el art. 27, que sostiene, a su vez, que el gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados *que estén en conformidad con*

los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

En el sistema norteamericano, el principio de la supremacía había sido analizado en la famosa sentencia “Marbury v/Madison” (5 US 137-1803), cuyos antecedentes podemos resumir de la siguiente manera:

Después de que Thomas Jefferson fuera elegido presidente, el candidato derrotado, John Adams —quien intentó sin éxito su reelección—, hizo lo posible por mantener parte de la influencia de su partido mediante la designación de algunos jueces federales. Entre éstos —denominados *jueces de medianoche*— se encontraba un juez de paz del distrito de Columbia, William Marbury, cuyas obligaciones, conforme al procedimiento de la época, se referían a tareas que podemos considerar menores, como la decisión sobre contravenciones y la celebración de matrimonios. El nombramiento de Marbury había sido firmado, pero no había sido entregado antes de la transmisión del mando. James Madison, nuevo secretario de Estado, se rehusó a entregar el nombramiento; Marbury accionó entonces directamente ante la Corte Suprema solicitando un *writ of mandamus* que lo pusiera en posesión, en virtud de una ley del Congreso que autorizaba a la Suprema Corte a emitir dicha orden contra cualquier funcionario, incluido el secretario de Estado.

El juez Marshall y sus colegas dejaron en claro que Madison había actuado en forma ilegal al retener el nombramiento de Marbury. Sin embargo, consideró que la ley del Congreso era inconstitucional. Afirmó que Marbury, en esencia, solicitaba que la Corte ejerciera su “jurisdicción originaria”. Esto entraba en colisión con la Constitución, que establecía la jurisdicción originaria sólo para los casos en que fueran parte un Estado de la Unión o los embajadores o cónsules (art. III). Una ley contraria a la Constitución no podía ser obedecida. Marbury nunca pudo ocupar su puesto. La argumentación en cuanto al fondo puede resumirse de la siguiente manera:

- a) la Constitución es una ley superior;
- b) por consiguiente, un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley;
- c) siempre es deber del tribunal decidir entre dos leyes en conflicto;
- d) si un acto legislativo está en conflicto con la ley superior, es deber del tribunal rehusarse a aplicar dicha legislación; si el tribunal no se rehúsa a aplicar dicha legislación, se destruye el fundamento de todas las constituciones escritas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Compañía Azucarera Tucumana c/Provincia de Tucumán” (“Fallos”, 150:150, 1927), ha dicho que “la Constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus previsiones no pueden suspenderse en ninguna de las grandes emergencias en que los gobiernos pudieran encontrarse”.

Es conocido que, con posterioridad, la Corte Suprema, en el caso “Merck Química Argentina c/Gobierno de la Nación” (“Fallos”, 115:210, 1948), afirmó que la supremacía de la Constitución puede sufrir excepciones frente a los tratados en tiempo de guerra. “Ha de entenderse —dijo el tribunal— que no obstante la terminología del art. 27 de la Constitución que evidentemente no aparece como rigiendo para el estado de guerra, todo derecho o garantía individual reconocida para los extranjeros, incluidos en la categoría de beligerantes activos o pasivos, cede tanto a la suprema seguridad de la Nación como a las estipulaciones concertadas con los países aliados de la República”. La mayoría del tribunal añadió que “no se concebiría la creación de un gobierno nacional con poderes limitados pero soberanos, sin munirlo de los medios indispensables para defender su existencia y la del orden social y político que garantiza”.

Debemos manifestar que no conocemos excepciones a las críticas de la doctrina acerca de esta decisión: Linares Quintana, Bidart Campos, Quiroga Lavié, Jorge Vanossi. La Constitución —como lo expuso en forma inequívoca Alberdi— “es la ley de leyes” (*Sistema rentístico de la Constitución*, cap. III, párrafo IV), y sin la idea de su supremacía carece de sentido el concepto de constitución escrita. Su vigencia no puede escindirse en compartimientos estancos, en la guerra y en la paz.

3. Jerarquía de los tratados.

La reforma constitucional de 1994 operó una profunda modificación en lo referente a las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional. Las decisiones se incluyeron en el art. 75, que es el que trata acerca de las competencias del Congreso. Esto merece dos observaciones:

La primera, que es posible sostener que algunas competencias han sido detraídas de los poderes no delegados por las provincias. La segunda, que la incorporación se superpone a los arts. 27 y 31, no reformados.

a) **Tratados con jerarquía superior a las leyes.**

El art. 75, inc. 22, impuso la expresa indicación de un principio general: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sufrido una evolución en este tema. El tribunal, en general, consideró que los principios generales del derecho internacional tenían jerarquía superior a las leyes y eran directamente operativos, pero sostuvo un criterio diferente con relación al derecho internacional convencional, o sea, a los tratados. Sostuvo, así, que no había óbice constitucional para que las leyes derogaran los tratados, dado que la Constitución no disponía un orden de prelación.

El primer párrafo del inc. 22 cuando expresa que “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” indica que hoy es contrario a nuestro sistema que una ley derogue parcial o totalmente la vigencia de un tratado en el orden interno. Es decir que el único camino para que estos instrumentos internacionales pierdan su vigencia en el orden interno es su denuncia por el mismo procedimiento que el tratado señala.

En el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (“L.L.”, 1992-C-540) la Corte Suprema despejó la polémica que había dividido durante décadas a la doctrina y la jurisprudencia y definió que “ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley”. En “Fibrica Constructora” (“E.D.”, 23/11/93) advirtió que estas conclusiones no invalidaban el principio de la prioridad del sistema de derechos y garantías de la Constitución sobre el derecho internacional.

Como veremos más adelante, el inc. 22 del art. 75 cita diez tratados y dos declaraciones que tienen jerarquía constitucional. A éstos debe agregarse la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas que ha sido incorporada con posterioridad con jerarquía constitucional ¹. En consecuencia, existen tratados que en la pirámide jurídica son superiores a las leyes pero inferiores a la Constitución y tratados que tienen el mismo rango de aquélla.

El convencional Rodolfo Barra precisó esta circunstancia en forma expresa: “Como regla general se establece que todos los

¹ El tratado fue aprobado por la ley 24.556 y se le confirió jerarquía constitucional por la ley 24.820, sancionada el 30/4/97, publicada en el Boletín Oficial el 29/5/97.

tratados vigentes en el derecho interno tienen jerarquía supralegal, es decir, superiores al ordenamiento jurídico interno, pero infraconstitucional, es decir, debajo de la Constitución”².

Es conveniente indicar que el art. 75, inc. 22, ha atribuido jerarquía superior a las leyes a un número impreciso de tratados. Algunos de ellos aprobados por los gobiernos de facto sin la intervención del Congreso. Todavía el Estado no ha hecho un relevamiento completo de ellos y no existe certeza acerca de su contenido y su incidencia sobre numerosas relaciones: de familia, relativas a obligaciones laborales, al haz de derechos que nacen de la propiedad, etc. La jurisprudencia deberá precisar en cada caso su interpretación.

En las dos últimas décadas ha habido en el derecho constitucional americano, especialmente en Centro América, una corriente favorable a conceder primacía a los tratados sobre las leyes. Esta solución fue la de El Salvador (art. 144) y Honduras (art. 18). La de Costa Rica en su artículo 7 afirma que “los tratados, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen autoridad superior a las leyes”. En lo que se refiere a los tratados sobre derechos humanos, la Constitución de Guatemala prevé que éstos “tienen primacía sobre el derecho interno” (art. 46). El mismo principio se reitera en la Constitución de Colombia (art. 93): “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Lamentablemente, no es en los países citados —salvo Costa Rica— donde se desarrolla un mayor respeto de los derechos inherentes a la persona.

La reforma de 1994 distingue distintos tipos de tratados:

— Los tratados sobre derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22.

— Los tratados sobre derechos humanos que puedan incorporarse con posterioridad siguiendo el procedimiento que prevé la misma norma (párrafo tercero).

² Convención Nacional Constituyente, Sesión Ordinaria del 2 de agosto de 1994, pág. 2835.

Hemos visto que el Congreso ha implementado el procedimiento previsto con el Tratado sobre Desaparición Forzada de Personas.

— Tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones internacionales (art. 75, inc. 24).

Dentro de este género la norma distingue el procedimiento que debe seguirse cuando se trata de tratados con los Estados de Latinoamérica y los que vinculen con otros Estados.

— Convenios internacionales que celebren las provincias, con conocimiento del Congreso Nacional (art. 124).

El art. 75, inc. 24, se refiere también a las normas de derecho internacional derivado que emitan las organizaciones de integración que califica como supranacionales. Éstas tienen jerarquía superior a las leyes.

b) Tratados con jerarquía constitucional.

El inc. 22 enumera dos declaraciones y ocho tratados sobre derechos humanos que “en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional”. Éstos son:

a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

b) La Declaración Universal de Derechos Humanos.

c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

d) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

e) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo.

f) La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

g) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

h) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

i) La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

j) La Convención sobre los Derechos del Niño.

El texto constitucional incluye una enumeración taxativa de instrumentos de desigual naturaleza jurídica, dado que, como señalamos, incluye dos declaraciones.

Desde siempre el derecho internacional ha señalado las diferencias entre ambas categorías de instrumentos, los que tienen un valor jurídico internacional diferente. Es sabido que las

Declaraciones internacionales no pueden ser denunciadas, puesto que no son tratados que vinculan jurídicamente.

En realidad, debería excluirse de la enumeración al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque éste constituye una norma procesal por la cual el Estado reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para recibir y considerar las comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de una violación. No crea ni modifica competencia en el orden interno. Ernesto Rey Caro señala al respecto: “Nos preguntamos ¿qué sentido tiene la incorporación del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que es un instrumento que establece únicamente un mecanismo internacional de control del cumplimiento de las obligaciones del Pacto a la lista de instrumentos con *jerarquía constitucional*? Cabe aclarar —agrega— que no necesariamente debe entenderse que el Protocolo forma un todo con el Pacto. Asimismo, ¿qué puede agregar en relación a su vigencia como instrumento constitucional esta jerarquización?” (pág. 48).

A esta lista debe añadirse —como dijimos— la Convención acerca de la Desaparición Forzada de Personas.

Los Tratados Internacionales que enumera el art. 75 son normas constitucionales, dado que “tienen jerarquía constitucional”. No obstante, existe cierta divergencia en la doctrina acerca del grado de su integración a la Constitución.

Sagüés entiende que “la regla constitucional señala que tales instrumentos «tienen jerarquía constitucional», lo que importa decir que «no forman» parte de la Constitución pero que «valen como ella»” (pág. 1036).

A su vez, Germán Bidart Campos expresa: “Hay que disipar el error de quienes —quizá por inexactitud de vocabulario, solamente— dijeron y dicen que esas declaraciones y esos tratados enumerados que tienen rango constitucional están «incorporados» a la Constitución. No es así —añade— porque una cosa es incorporarlos y hacerlos formar parte del texto de la Constitución y otra es depararles —fuera de dicho texto— idéntica jerarquía que la de la Constitución. Por algo el texto ordenado que aprobó y sancionó la Convención Constituyente y que está en vigor desde que se publicó en el Boletín Oficial, no los incluye, ni siquiera como anexo o apéndice de la actual Constitución. Hay que ser precisos en el lenguaje jurídico —concluye— y entonces lo que corresponde decir es lo siguiente: *las declaraciones y los tratados sobre derechos humanos a los que el inciso 22 reconoce jerarquía constitucional gozan de ella sin estar incorporados a la Constitución y fuera de*

su texto integran el llamado *bloque de constitucionalidad federal*". Más adelante afirma: "La Constitución no ha cedido su cúspide a los instrumentos señalados en el inc. 22, pero los ha colocado en ella, aunque sin hacerlos formar parte de su texto". "Lo que de innovador descubrimos en el derecho argentino es esto: normas internacionales que se hallan fuera de la Constitución han recibido de ella su misma jerarquía de modo de ubicarse a su lado en la mencionada cúspide, como provenientes de una fuente externa, colateral o heterónoma, que es el derecho internacional de los derechos humanos" (*Tratado Elemental...*, t. VI, pág. 555).

Miguel Ángel Ekmekdjian, en cambio, sostiene que "los constituyentes de 1994 incorporaron al texto constitucional una lista de ocho tratados, dos declaraciones y un protocolo facultativo humanitarios", insistiendo más adelante en el concepto: "Ya hemos adelantado nuestra opinión en el sentido de que los tratados mencionados en el segundo párrafo del inc. 22 forman parte del texto constitucional, de la misma forma que cualquiera de sus otras normas" (pág. 3). Para este brillante jurista la incorporación de estos tratados no tiene ninguna ventaja práctica y hubiera sido suficiente ratificar el concepto de que tienen jerarquía superior a las leyes.

Por su parte, María Celia Castorina de Tarquini se inclina por considerar que los tratados sobre derechos humanos enumerados en el inc. 22 del art. 75 y la Constitución forman un cuerpo único y afirma: "Abandonando el juego del significado de los términos que sin duda han traído a luz en la redacción de la norma que tratamos de interpretar y recordando que constituir es componer o sea formar de varias partes una, juntándolas, debemos concluir que los tratados son la nueva parte que se ha constituido en la Constitución y que viene a perfeccionar a su otra parte, aquella en la que constan los derechos y garantías y que no solamente se refiere a la parte dogmática. Por lo expuesto —concluye— es que creemos que se integran a la Constitución como un modo de enriquecer su sistema de derechos" (pág. 116).

Mi posición, expuesta poco después de la reforma, es que los tratados se han incorporado a la Constitución, dado que tienen —de acuerdo con el art. 75, inc. 22— las características típicas de una norma constitucional: supremacía y mayor rigidez que las normas ordinarias. Se incorporan a la Constitución teniendo en cuenta algunas precisiones que veremos más adelante (pág. 1045).

No concuerdo totalmente con Ekmekdjian, quien sostiene que la cuestión es meramente semántica. En última instancia se trata de dilucidar si existe o no la posibilidad de someter las normas de

los tratados enumerados en el inc. 22 del art. 75 al control de constitucionalidad. Desde mi punto de vista —como los tratados forman parte de la Constitución—, este control no procede y en caso de que hubiera alguna contradicción entre las normas de los tratados y los principios constitucionales deberá hacerse una interpretación integrativa siguiendo los principios básicos de hermenéutica. Recordamos que uno de los principios básicos en este sentido es que la ley fundamental “es una estructura sistemática y sus distintas partes forman un todo coherente por lo que en la inteligencia de cada una de las cláusulas ha de cuidarse que no se altere el equilibrio del conjunto” (CS, marzo 2-993; “Abdo, José c/D.G.I.”). A su vez, en el caso “Portillo” la Corte reiteró que la interpretación “no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos por ella enumerados para que se destruyan recíprocamente”. En el caso “Café La Virginia” (CS, octubre 13-994) el tribunal dejó en claro la necesidad de una interpretación armónica de todos los principios que forman nuestro derecho, provengan éstos de fuentes internas o externas. De tal forma, reitero que no existe control de constitucionalidad entre las normas de los tratados enumerados en el inc. 22 del art. 75 y las normas de la Constitución.

Entiendo que dado que los tratados enumerados en el art. 75, inc. 22, son textos incorporados, no existe inconveniente para que éstos puedan ser reformados en cuanto a su vigencia como normas constitucionales, sin necesidad de denunciar el tratado. Esto sería posible mediante el mecanismo del art. 30. Los tratados continuarían desde luego vigentes en el orden internacional, pero algunas o todas sus cláusulas carecerían de rango constitucional. Considero que sería positivo —y sobre esto volveremos más adelante— que se supriman del texto las limitaciones que habilitan los tratados.

El art. 30 de la Constitución es inequívoco en el sentido de que esta Constitución puede ser reformada en el todo o en cualquiera de sus partes. Nuestra Constitución no tiene cláusulas pétreas. El pueblo no ha renunciado a su derecho de reformar la Constitución, y esa renuncia no puede deducirse de ninguna de las cláusulas de la Reforma de 1994. No es posible interpretar que existen obstáculos constitucionales para que los órganos representativos de la voluntad popular reformen, corrijan o eliminen cláusulas que han ingresado al texto constitucional mediante la incorporación de los tratados.

Creo que es correcta la interpretación de la reforma de 1994 que hizo la convencional Elisa Carrió: “Las normas constituciona-

les pueden disponer una jerarquía determinada a las disposiciones de derecho interno; en el caso de los tratados en materia de derechos humanos que se enumeran, carácter supralegal, constitucional o inclusive supraconstitucional”³.

Precisiones.

El segundo párrafo del inc. 22 otorga jerarquía constitucional a los tratados y declaraciones enumeradas en *las condiciones de su vigencia*. Esta determinación puede enfocarse desde dos ópticas: la del derecho internacional y la del derecho interno.

Los internacionalistas señalan que las condiciones de vigencia se refieren a la vigencia internacional. Esto implica dilucidar, en primer lugar, si esos instrumentos se encuentran en vigor por la adhesión del número de miembros que establecen en cada caso los instrumentos; en segundo, en qué condiciones esos instrumentos se encuentran en vigor para nuestro país (Rey Caro, pág. 49). El primer tema no ofrece inconvenientes, en el caso concreto que nos ocupa, dado que todos los documentos enumerados en el inc. 22 y también el Tratado acerca de la Desaparición Forzada de Personas se encuentran en vigor en el orden internacional.

Más complejo es el tema de las reservas y declaraciones interpretativas que nuestro país ha introducido en alguno de ellos⁴.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 2º, inc. 1, a, señala que “se entiende por reserva una declaración unilateral cualquiera sea su enunciado o denominación hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su

³ Inserción en *Convención...cit.*, pág. 3110.

⁴ En honor a la brevedad omitiré transcribir dichas reservas. Ellas fueron introducidas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; a la Convención sobre los Derechos del Niño; al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Me parece de interés consignar que en la Convención de los Derechos del Niño el Congreso hizo una extensa reserva referida a la adopción internacional, a la planificación familiar y a la prohibición de la utilización de los niños en los conflictos armados. También se declaró que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los dieciocho años de edad.

aplicación a ese Estado". A su vez, los artículos 19, 20, 21 y 23 reglamentan la formulación, aceptación, efectos jurídicos y procedimientos relativos a las reservas. Cada uno de los tratados, a su vez, tiene su propio régimen relacionado con aquéllas. Por tanto, como señala Julio Barberis (pág. 178), es difícil en muchos casos determinar con claridad los efectos jurídicos de las reservas o declaraciones interpretativas. Para que aquéllas generen consecuencias en el orden internacional, es necesario que se hayan formulado cumpliendo con los requisitos de forma y de fondo generales que establece la Convención de Viena y las particulares de cada uno de los Tratados.

El tema tiene menor complejidad si lo enfocamos desde el punto de vista del derecho interno y tenemos en cuenta que los tratados y declaraciones se han incorporado a la Constitución por decisión de una Convención Reformadora.

Desde este enfoque, resulta un problema ajeno al derecho constitucional la vigencia internacional de los tratados (las Declaraciones —como hemos visto— por su propia esencia están excluidas del proceso de reservas). El texto que se incorpora a la Constitución es el del Tratado tal cual ha sido aprobado por los órganos nacionales competentes con las reservas y declaraciones interpretativas y sin considerar si aquéllas han sido o no aceptadas con posterioridad por otros Estados.

Comparto pues en este punto la opinión de Bidart Campos: "Debe entenderse que «condiciones de vigencia» son las que, al tiempo de entrar en vigor la reforma, surgían del previo reconocimiento o ratificación que les había deparado nuestro país. Por ende, «en las condiciones de su vigencia» es una pauta que indica que se deben tomar en cuenta las reservas y aclaraciones de todo tipo que Argentina incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación o adhesión internacional a cada uno de los textos mencionados en los once apartados enunciados precedentemente".

En ese sentido, en mi opinión, el Congreso puede dar jerarquía constitucional a tratados de derechos humanos ratificados por la Nación, aunque aún no tengan vigencia en el orden internacional. El Congreso actúa en estos casos como creador de derecho interno, dando a las normas la jerarquía que considera más conveniente de acuerdo con las facultades que le acuerda el art. 75, inc. 22, de la Constitución.

Desde luego que el tema puede tener una distinta solución cuando se trata de los demás tratados a los que el art. 75, inc. 22, reconoce jerarquía superior a las leyes.

Y en esto entiendo que hay que distinguir entre los tratados de derechos humanos y los demás tratados y convenios internacionales. Nunca se insistirá suficientemente en que los tratados de derechos humanos son por esencia distintos a los demás tratados porque ellos establecen obligaciones del Estado respecto de sus propios ciudadanos. Cuando el Estado aprueba el tratado reconoce una obligación respecto de sus habitantes. Por tanto, debe respetar sus normas, aunque —es obvio— que si el tratado no tiene vigencia en el orden internacional no genera responsabilidad en ese ámbito. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido esto con claridad en la Opinión Consultiva n° 10: “Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”.

Dicho esto aparece como una tautología sostener que los demás tratados —es decir, los que se limitan a generar obligaciones entre Estados— no crean obligaciones hasta que no tengan vigencia internacional. El tratado está vigente o no. Si no está vigente no genera obligaciones.

Es necesario advertir ahora la particular situación de las cláusulas de los tratados que se refieren a los derechos relacionados con el bienestar y la cultura y también con la plena participación política y la real posibilidad de acceso a las funciones públicas. Estas cláusulas generan en los Estados un *compromiso* de procurar progresivamente la plena efectividad de los derechos. En este sentido implican un compromiso que debo calificar como *relativo*. Uso el adjetivo relativo porque entiendo que impiden que el Estado acuerde a la promoción de estos derechos un esfuerzo menor al realizado con anterioridad. Dicho de otro modo, los Estados no pueden, por ejemplo, disminuir las partidas presupuestarias asignadas a los rubros a los que se refieren las cláusulas, es decir, salud, educación, promoción de la vivienda, etc.

Humberto Quiroga Lavié afirma que “en las condiciones de su vigencia” “significa que si los Estados han formulado reservas o declaraciones interpretativas —en los términos de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados— a la hora de ratificar un tratado ellas forman parte del mismo de acuerdo con la regla constitucional”. Con todo el respeto que me merece el distinguido

profesor entiendo que esto implicaría ingresar en una extrema inseguridad jurídica en cuanto a nuestra Constitución, cuyo texto definitivo dependería en última instancia de decisiones ajenas a los representantes del pueblo.

No obstante, esto coincide con lo expuesto *obiter dicta* por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Girolodi" (CS, abril 7-995, "L.L.", 1995-D-461), donde afirmó que la "voluntad del constituyente" debe interpretarse "tal como la Convención citada rige efectivamente en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes".

Me permito discrepar con esta interpretación del Tribunal. Por los argumentos que he dado con anterioridad y además por motivos de orden práctico.

Un inconveniente de incorporar los tratados a la Constitución es que puede generar una inseguridad acerca del derecho vigente como consecuencia del desconocimiento general de los textos incorporados. La Constitución no es un arma para que la esgriman los juristas sino un legado para la comunidad toda. No me parece exagerado afirmar que sólo un grupo de especialistas conoce la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas. Esta inseguridad se multiplica cuando pueden existir dudas acerca del complejo problema de la validez de las reservas. Esto ha sido advertido por un internacionalista de renombre como Ernesto J. Rey Caro: "El hecho de que no exista en el país un mecanismo que permita conocer si las reservas han sido aceptadas o no por las otras partes contratantes y en su caso en qué condiciones se encuentran en vigor los tratados, puede en el futuro traer serias dificultades a los tribunales nacionales encargados de aplicar la Carta Magna" (apunto: es decir, a todos los tribunales) (pág. 51).

Los tratados no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución.

Recordamos que el despacho de comisión sobre los tratados enumerados sólo tenía como precisión la referente a que aquéllos "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional" y la cláusula interpretativa "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos en esta Constitución".

En relación con el párrafo agregado al dictamen "no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución", Bidart Campos señala lo siguiente:

“El inciso 22 intercala a renglón seguido una locución con la que estamos en desacuerdo porque revela mala técnica normativa y porque, si acaso, traduce alguna intencionalidad de suscitar divergencias o incompatibilidades entre los once instrumentos internacionales y la Constitución resulta estéril, inocua y contraria a la lógica jurídica y a las reglas de interpretación constitucional”. “...Es una pauta hermenéutica harto conocida la que enseña que en un conjunto normativo (para el caso: la Constitución «más» los once instrumentos dotados de jerarquía constitucional) que comparte un mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico, todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto tienen un sentido y un efecto que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele al otro, sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente. A cada uno y a todos hay que asignarles, conservarles y aplicarles un sentido y un alcance de congruencia armonizante, porque cada uno y todos quieren decir algo; este «algo» de uno o de varios no es posible que quede neutralizado por el «algo» que se atribuye a otro o a otros” (*Elementos...*, págs. 560 y 561).

Miguel Ángel Ekmekdjian sostiene respecto de la cláusula que “a simple vista es una obviedad”. Su razonamiento parte del principio, que considero controvertible, de que “los tratados internacionales nunca pueden contradecir a los derechos reconocidos por la Constitución por la sencilla razón de que, siendo más modernos, siempre son más amplios que aquélla en el catálogo de derechos y en la extensión de ellos”. Añade que “los tratados sobre derechos humanos contienen cláusulas en las cuales se establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido por las leyes de cualquiera de los Estados Partes o por otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados” (*Tratado...*, t. IV, pág. 276).

Esto es sólo parcialmente exacto. Dado que los tratados son acuerdos entre países muchas veces heterogéneos y con distintos sistemas de derecho, debe considerarse que establecen una protección de mínima, por debajo de la cual se genera una responsabilidad internacional. Las constituciones —en especial la nuestra— tienen un sistema más amplio que los tratados generales enumerados en el inc. 22 (es decir, el de la O.E.A. y los dos de Naciones Unidas) y no admiten las limitaciones que ellos admiten. En cuanto a las cláusulas interpretativas, ellas pierden su condición cuando los tratados se incorporan a la Constitución, dado que no existen diferencias de jerarquía entre los distintos

textos. Como veremos más adelante al referirnos a la precisión acerca de la complementariedad de los derechos establecidos en los tratados, debemos considerar que todas las normas de éstos establecen pautas interpretativas de la Constitución.

En el fallo “Chocobar” (CS, diciembre 27-996), en el voto de la mayoría, la Corte hizo suya una posición que el juez Boggiano había expresado en su libro *Derecho Internacional y Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos* y dijo: “...el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados, establece en su última parte que aquéllos «no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución». Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir” (cons. 12). Añadiendo “que de ellos se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y por consiguiente no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente cuya imprevisión no cabe presuponer” (cons. 13).

Me permito discrepar con la descripción de los presupuestos de hecho.

En primer lugar, este cotejo o comprobación no surge de ninguna de las exposiciones que se realizaron en la Convención Reformadora. Es más, quienes estuvimos en dicha reunión podemos aseverar —para decir lo menos— que la gran mayoría de los convencionales no estaban interiorizados del texto de los documentos incorporados. Tanto es así que cuando se trató el despacho en particular se corrigieron los nombres de dos de los tratados enumerados ⁵.

No existió tampoco ninguna verificación acerca de las posibles discrepancias de las cláusulas de los tratados entre sí. Podemos en efecto advertir tensiones entre los derechos que enumeran los distintos tratados incorporados, como, por ejemplo, el derecho de los padres a elegir el tipo de educación de los hijos que garantiza la Convención Americana y el derecho de los niños a la libertad de conciencia y religión que enumera la Convención de los

⁵ *Convención... cit.*, pág. 3035.

Derechos del Niño. También puede existir tensión entre la protección de la vida, en general desde el momento de la concepción que promueve el Pacto de San José de Costa Rica y el derecho de la madre para decidir libre y responsablemente el número de los hijos y el intervalo entre los nacimientos reconocido por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16). Pero hecha la salvedad de las limitaciones que habilitan los tratados, considero exacta la afirmación de que no existe ninguna cláusula de ellos que derogue parte alguna de la Constitución.

La complementariedad de los derechos.

La Corte Suprema de Justicia se ha referido expresamente a la complementariedad de los derechos en el citado caso "Chocobar". La mayoría recordó que "a los fines de una correcta interpretación de la Ley Suprema no debe olvidarse que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado con jerarquía constitucional como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de nuestra Carta Magna, los derechos consagrados en ciertos tratados internacionales", agregando que las referencias que realizan los tratados deben resultar idóneas para interpretar los artículos de la Constitución Nacional, "toda vez que ésta debe ser analizada como un conjunto armónico dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás".

Esta afirmación, por demás obvia, del Supremo Tribunal señala los principios básicos de interpretación de las leyes que hemos visto *supra*. Nos rratifica en lo que hemos señalado en forma reiterada de que el párrafo referente a la complementariedad no enriquece el texto y es irrelevante. También nos ratifica acerca de que los tratados se han incorporado a la Constitución y que por lo tanto no es procedente el control de constitucionalidad. Todas las normas de la Constitución y todas las normas de los tratados enumerados en el art. 75, inc. 22, y los que se incorporen después, tienen la misma jerarquía.

Las opiniones en la denominada Convención Nacional Constituyente (en puridad, es Convención Reformadora porque ejerció un poder derivado y limitado) no arrojan demasiadas luces al respecto. Así, el convencional Barra afirmó: "Dice también la norma proyectada que estos tratados «deben entenderse complementarios de los derechos y garantías» reconocidos en esta Constitución. Esto tiene clara explicación pues ubica la norma que

estamos discutiendo dentro del alcance de la ley 24.309, que en su artículo 7 fulmina de nulidad absoluta cualquier modificación que se quiera introducir en la primera parte de la Constitución Nacional". Esta "clara explicación" no resulta tan clara, pues la Corte Suprema de Justicia en diversos fallos, incluido el citado caso "Chocobar", ha recurrido a cláusulas de los tratados para fundamentar restricciones a los derechos.

c) Los tratados de integración.

El inc. 24 del art. 75 establece un régimen especial para los tratados de integración que, de acuerdo con el principio general del inc. 22, tienen jerarquía superior a las leyes. Habilita para aprobar tratados de este tipo que "deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales". Modifica, por tanto, en forma indirecta el art. 116 de la Constitución, que establece la competencia de los tribunales federales para todas las causas que versen sobre puntos regidos por los tratados. En cuanto al procedimiento de aprobación, distingue —como veremos en el Capítulo VIII— entre los tratados con los Estados de Latinoamérica y con otros Estados.

El inciso merece las siguientes reflexiones:

La reforma, en su letra, sólo habilita la delegación de competencias y jurisdicción como consecuencia y para el cumplimiento de los tratados de integración. No creemos que esta interpretación literal sea la que deba prevalecer. De hecho, aun antes de la reforma, el Estado nacional había aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo tanto, una interpretación armónica del texto debe indicar que también en esta materia se podrán aprobar tratados que deleguen jurisdicción.

Aunque no hace a la esencia del problema, este inciso —como tantos otros de la reforma— contiene varias imprecisiones técnicas.

En primer lugar, resulta innecesario y confuso reiterar los términos "delegación de competencias" y "jurisdicción", dado que la jurisdicción constituye una especie dentro del género "competencia".

En segundo lugar, es equívoco —cuando no limitativo— el adjetivo *supranacionales*. La previsión constitucional debe entenderse para todas las organizaciones internacionales.

La frase "*que respeten el orden democrático y los derechos humanos*" también es innecesariamente reiterativa, dado que no

ha sido derogado el art. 27 que señala que los tratados deben estar de acuerdo con los principios de derecho público establecidos por la Constitución.

La última parte del inciso dispone que “las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”. La directiva es positiva. Debe interpretarse que las normas y decisiones dictadas en estas condiciones por los organismos internacionales tendrán la misma jerarquía que los tratados de integración, es decir, superior a las leyes. Todo el derecho derivado de los tratados de integración tiene esa jerarquía.

d) Los acuerdos ejecutivos.

La práctica internacional acepta desde el siglo XIX la conclusión de los denominados acuerdos ejecutivos o acuerdos simplificados, que se diferencian de los tratados porque concluyen de un modo definitivo con la sola firma o intercambio de notas reversales entre las partes contratantes. Se diferencian de los tratados clásicos porque éstos requieren un procedimiento más complejo para su celebración, que implica que el poder para concertarlos aparece compartido entre los poderes Ejecutivo y Legislativo. Nuestro gobierno ha suscripto acuerdos ejecutivos desde fines del siglo pasado; podemos recordar el protocolo firmado con Brasil en 1894 para fijar pautas acerca de lo que el documento denominaba “cuestión Oriental”, que se refería a la República Oriental del Uruguay. En el caso “William A. Todd” (“Fallos”, 249:620, 1961), la Corte Suprema de Justicia interpretó un acuerdo ejecutivo firmado entre el Gobierno nacional y el de los Estados Unidos, con lo que, sin pronunciarse en forma directa, aceptó la constitucionalidad de estos instrumentos. Desde nuestro punto de vista, el presupuesto para la constitucionalidad de estos convenios es que se refieran a materia administrativa y no invadan competencia sustancial del Congreso de la Nación.

Consideramos, en consecuencia, que para ellos no rige la supremacía sobre las leyes que establece el primer párrafo del inc. 22 del art. 75. La Constitución dispone esta supremacía en la misma cláusula que trata sobre la aprobación de los tratados. Por lo tanto, gozan de ella solamente los que han sido aprobados por el Congreso.

4. Jerarquía de las leyes.

El art. 23 de la Constitución dispone:

“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Esta norma describe en forma indudable la directiva de la supremacía de la Constitución sobre las leyes e introduce de manera indirecta el principio de *razonabilidad*.

En efecto, los “principios, garantías y derechos” no podrán ser *alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*, pero, a su vez, el art. 14 expresa que los derechos que reconoce se ejercen “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”.

La necesidad de hacer compatibles estas dos reglas del texto constitucional lleva al concepto de *razonabilidad* de las leyes reglamentarias.

a) La razonabilidad de las leyes.

La Corte Suprema de Justicia, a partir del principio del art. 14, ha reiterado, desde la primera década de este siglo, que la Constitución no reconoce derechos absolutos, pues el reconocimiento de un derecho no puede significar la negación de otros.

La primera observación que podemos hacer es que la palabra “absoluto” carece de significado en el mundo jurídico —que regula conductas humanas— y pertenece al mundo de la metafísica.

Desde luego que no existen derechos absolutos, dado que el adjetivo está vinculado con ideas metafísicas tales como el concepto de eternidad o los ideales de las teorías platónicas. El problema debe centrarse, pues, en responder a la pregunta acerca de cuáles son, en cada caso, los límites constitucionales de la regulación estatal.

La fundamentación más difundida de los derechos humanos en la doctrina y en la jurisprudencia, tanto en los países latinos como en los anglosajones, tiene su raíz en las doctrinas del derecho natural. Como consecuencia de las creencias *iusnaturalistas* aparece la vertiente del pensamiento jurídico que considera que las libertades personales son anteriores al Estado y que éste se limita a reconocerlas. Existen otros derechos —como los derechos políticos, ciertos derechos sociales y el derecho de propiedad de los bienes de producción, entre otros— que no puede afirmarse que sean anteriores al Estado. Por el contrario, su ejercicio depende de éste, que es el que los regula. Frente a las libertades, por tanto,

toda regulación tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad, mientras que los derechos cuyo ejercicio depende de su reconocimiento por parte del Estado son regulados con mediana o profunda intensidad en todos los sistemas políticos de Occidente.

Existe en nuestra doctrina una corriente muy calificada (Bidart Campos, Linares Quintana) que tiende, con matices, a identificar el principio de razonabilidad con el de justicia. Creemos que es conveniente recordar que los conceptos “justo” o “injusto” tienen sentido cuando se aplican para caracterizar la decisión de quien debe aplicar un conjunto determinado de reglas. Decir que la decisión es justa significa que ha sido tomada de una manera regular, o sea, de conformidad con la regla o con el sistema de reglas vigentes. La justicia es, de este modo, la aplicación correcta de una norma. Pero afirmar que una norma es irrazonable, por injusta, no puede constituir una pauta jurídica, dado que es preciso en primer lugar definir “justicia”. El calificativo de injusto se presenta entonces sólo como la expresión racional de una reacción desfavorable frente a la regla cuestionada (Alf Ross, p. 273). No obstante, es posible afirmar que una sociedad dada, en un momento determinado, cuenta con un repertorio de criterios valorativos que los jueces tienen en cuenta cuando deciden sobre la razonabilidad o irrazonabilidad de una restricción reglamentaria a los derechos. La razonabilidad coincide, entonces, con este *standard* axiológico.

Un claro ejemplo de ello es la decisión de la Suprema Corte en el conocido caso “Sejean c/Zacks de Sejean” (“L.L.”, 1986-E, p. 647). En efecto, en dicha sentencia la Corte Suprema declaró que el art. 64 de la ley 2393 de matrimonio civil —que tenía más de cien años de vigencia— era inconstitucional, ya que no admitía la disolución del vínculo una vez decretado el divorcio de los cónyuges. En el caso se aplicó un *standard* valorativo de los jueces vinculado con circunstancias de tiempo. No implica un reproche de injusticia en relación con una norma que durante un siglo había sido considerada justa.

5. Los decretos reglamentarios.

El art. 99, inc. 2, de la Constitución dispone como atribución del presidente de la Nación: “*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 principio es el mismo que vimos en los párrafos anteriores y establece un escalón más en la jerarquía de las normas. Los decretos reglamentarios del Poder Ejecutivo deben estar de conformidad con las leyes y no pueden alterar su “espíritu”.

6. Resumen.

Tenemos entonces que en nuestro sistema constitucional la jerarquía de las normas se rige por los siguientes principios:

a) como consecuencia del sistema federal adoptado, el plexo jurídico federal tiene supremacía frente al derecho local;

b) la Constitución Nacional, que incluye los tratados internacionales incorporados por el art. 75, inc. 22, tiene supremacía sobre todo el orden jurídico;

c) los tratados internacionales, inclusive el derecho derivado de la delegación que se haga a organismos internacionales, tienen jerarquía superior a las leyes;

d) las leyes federales están en un nivel inferior respecto de las normas del apartado anterior, y

e) los decretos reglamentarios no pueden alterar las leyes; tienen una jerarquía inferior a la de ellas.

7. Control de constitucionalidad.

Como vimos cuando comentamos el caso “Marbury v/Madison”, es de la esencia de las constituciones escritas que prevean un procedimiento y un órgano que pueda verificar que el contenido de las normas de grado inferior se halla de conformidad con las de grado superior. En los sistemas federales también tiene que existir una conformidad o adecuación del derecho local al derecho federal.

En teoría, podemos advertir dos tipos de sistemas:

a) los que denominamos en forma genérica sistemas de control político, y

b) los que conocemos como sistemas de control judicial.

a) Control político.

Si hacemos un estudio de derecho comparado, vemos que el sistema típico de control político es el de las constituciones de Francia.

El control político encuentra su raíz histórica en dos principios: por una parte, el que postula que la soberanía del pueblo se exterioriza a través de la Asamblea Legislativa; por otra —en las primeras constituciones del ciclo revolucionario—, una suerte de desconfianza en el Poder Judicial como órgano representativo de los grupos reaccionarios del Antiguo Régimen (*Ancien Régime*). La Constitución de 1795 limitaba los poderes judiciales en forma expresa: “Los jueces no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo ni hacer ningún reglamento. No pueden impedir o suspender la ejecución de ninguna ley ni obligar a comparecer ante ellos a los administradores en razón de sus funciones” (art. 203).

La Constitución de 1958 organiza un Consejo Constitucional que examina la conformidad de las leyes con la Constitución *antes* de su promulgación (art. 61). “Una disposición declarada inconstitucional no podrá ser promulgada ni puesta en vigor” (art. 62). El Consejo Constitucional está compuesto por nueve miembros, tres nombrados por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea nacional y tres por el presidente del Senado. Además, los antiguos presidentes de la República son, por derecho propio, miembros vitalicios (art. 56), aunque existe una tradición por la cual, desde 1958, no se incorporan al cuerpo.

El control de constitucionalidad se ejerce, de tal modo, en una esfera predominantemente política; los efectos del control son previos a la sanción. Como bien lo advierte Vanossi (*Recurso extraordinario federal*, p. 41), la experiencia de este Consejo Constitucional no es demasiado vasta ni nutrida y no se puede comparar con la cantidad de problemas constitucionales que han decidido las Cortes de los Estados Unidos o de la Argentina. El Consejo ha actuado, conforme a lo previsto en su creación, como un órgano de naturaleza política, rodeado de la atmósfera que el mundo político le imprime.

b) Control judicial.

Podemos advertir dos formas de llevar a cabo el control judicial: el sistema concentrado y el sistema disperso.

En un estudio de derecho comparado, el sistema característico de control judicial concentrado es el de la Constitución de Weimar de 1917, que en líneas generales fue adoptado por la Constitución vigente.

El Tribunal Constitucional Federal entiende en la actualidad: a) sobre la interpretación de la Ley Fundamental; b) sobre las

diferencias de interpretación o las dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la legislación federal o local con la Ley Fundamental, o sobre las leyes locales con otras leyes federales, y c) las controversias de derecho público entre la Federación y los Estados que la componen. Sus decisiones tienen efectos *erga omnes* y, en su caso, derogatorios de la norma.

El sistema tiene la ventaja de que un solo órgano monopoliza el control; de este modo se logra una certeza que no existe en los sistemas dispersos como el nuestro, en el cual hasta tanto la Corte Suprema dé su palabra final pueden mediar pronunciamientos contradictorios de las instancias inferiores, tanto en el orden nacional como en el local.

8. Sistema argentino de control judicial. Características.

a) Control disperso.

El sistema judicial disperso de control de constitucionalidad previsto en nuestro ordenamiento tiene su antecedente directo en el sistema de Estados Unidos. Este mecanismo confiere un especial poder a los jueces, quienes pueden decidir no aplicar una norma si consideran que está en contradicción con los principios constitucionales. En estos casos, los jueces aplican, como hemos visto, su *standard* valorativo. La atribución hace que constituyan un poder, como lo refleja el propio título de la Sección III de la Constitución: *Del Poder Judicial*.

Todos los jueces, sin distinción de categorías o jurisdicciones —federales, nacionales de la Capital o locales—, tienen capacidad para declarar la inconstitucionalidad, es decir, para descartar la aplicación de una norma en el caso concreto.

Dado que una de las características del sistema es que la inconstitucionalidad debe ser declarada dentro de un proceso, y atento el carácter contradictorio de éstos, la Corte Suprema de Justicia tiene, en general, la última palabra en materia de inconstitucionalidad de las normas. Esto explica el aforismo que sostiene que ella constituye el tribunal final de las garantías y derechos individuales.

En el orden federal, el tema está regido por el art. 116, que establece como atribución del *Poder Judicial* “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”. La facultad de declarar la inconstitucionalidad aparece así en forma tácita.

b) Sujetos legitimados.

Como dijimos, sólo pueden invocar la inconstitucionalidad quienes son parte en un proceso. La reforma de 1994 ha permitido que en la acción de amparo, además de los directamente afectados, otras personas puedan solicitar la declaración de la inconstitucionalidad.

En efecto, el art. 43 de la Constitución establece:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, *el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto o la omisión.*”

“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, *el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.*”

Conforme a esta disposición, por tanto, no sólo el afectado sino también el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa de derechos de incidencia colectiva en general están habilitados para pedir la declaración de inconstitucionalidad de las normas que puedan afectar derechos de incidencia colectiva.

Debemos advertir aquí que toda norma que sirve de sustento para una lesión a derechos y garantías que reconoce la Constitución tiene una incidencia colectiva. Toda la comunidad tiene interés en la defensa de los derechos y garantías que reconoce la Constitución. Cualquier norma que permita la prolongación de las detenciones, que cercene la libertad de expresión, que restrinja la libertad de culto o de reunión, que lesione el derecho de asociación, etc., tiene incidencia colectiva. En tal sentido, tanto el defensor del pueblo como las asociaciones que propendan a la defensa de los derechos tienen legitimación para accionar ante la justicia, frente a una lesión concreta.

Aún no se ha dictado la ley reglamentaria de las asociaciones. No obstante, la garantía del art. 43 debe considerarse directamente operativa. Los jueces, en consecuencia, deberán integrar la norma constitucional y aceptar la legitimación de aquellas

asociaciones que tengan antecedentes en la defensa de los derechos reconocidos por la Constitución.

El artículo aclara también que la revisión de constitucionalidad abarca normas generales de todo tipo y, además, actos u omisiones, tanto de las autoridades como de los particulares.

c) Petición de parte.

El dilema sobre si los jueces tienen competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas sin necesidad de petición de parte ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia. Parte sustancial de la doctrina sostiene que deben hacerlo aunque las partes no la invoquen (Sagüés, Bidart Campos, Vanossi). El problema es complejo, dado que hace al principio de presunción de constitucionalidad de las normas, fuertemente vinculado con el de separación de poderes y también con el ejercicio de la asistencia técnica y de las funciones del ministerio público. Si los letrados que asesoran a las partes o el ministerio público, que defiende los intereses generales de la sociedad, no advierten ni alegan la inconstitucionalidad, la presunción de constitucionalidad de las normas —cualquiera que sea su rango— adquiere especial preponderancia. Por otra parte, según la circunstancia en la que los jueces introduzcan la decisión de inconstitucionalidad, podría producirse una lesión al derecho de defensa. Nos inclinamos por creer que en nuestro sistema —en el cual la decisión sólo tiene efectos para el caso concreto— los jueces, en principio, deben abstenerse de introducir agravios constitucionales que ni las partes ni el ministerio público han alegado.

d) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

La declaración de inconstitucionalidad tiene efectos exclusivamente en el caso concreto.

Es oportuno recordar que uno de los presupuestos del constitucionalismo clásico consistió en un claro rechazo a que la rama judicial pudiera dejar sin efecto las normas emanadas de los poderes políticos, concepto que tuvo un papel fundamental en el desarrollo de la doctrina de Estados Unidos.

Cuando a partir de “Marbury v/Madison” se estructuró el control judicial de constitucionalidad, un sector importante de los círculos de poder se negaba a admitir —como lo había hecho la doctrina francesa desde mediados del siglo XVIII— esta injerencia. Para preservar el sistema se aclaró que no se trataba

de reeditar el poder de veto, sino simplemente de circunscribir la no aplicación de la norma al caso concreto. Esto fue establecido por nuestra Corte Suprema, en síntesis ejemplar, en una de sus primeras sentencias: "No teniendo los tribunales nacionales jurisdicción para decidir cuestiones abstractas de derecho, ni para juzgar sobre la inconstitucionalidad de una ley, sino cuando se trata de *su aplicación* a los casos contenciosos que ocurran, se resuelve que la Corte es incompetente para hacer la declaración general que se solicita" ("Silvio Bejarano", "Fallos", 12:372, 1872).

A su vez, la Corte Suprema ha aclarado la obligación de los jueces de los tribunales inferiores de seguir sus directivas de la siguiente manera:

a) La Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, y

b) No obstante, carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal (CS, julio 4-985, "Cerámica San Lorenzo", "L.L.", 1986-A, p. 173).

9. Límites de la revisión judicial. Cuestiones no justiciables.

El tema de las cuestiones no justiciables constituye una elaboración jurisprudencial de nuestro supremo tribunal, que ha seguido los primeros lineamientos trazados por la Corte de Estados Unidos. El límite a la revisión judicial se funda, en sustancia, en la preservación del principio de separación de poderes.

Se trata, entonces, de enumerar las distintas decisiones de los poderes políticos sobre cuya constitucionalidad el Poder Judicial se abstiene de conocer.

a) Intervención federal.

A partir de la jurisprudencia fijada en el caso "Cullen c/ Llerena" ("Fallos", 53:420, 1893), los tribunales se abstienen de conocer si en los hechos se dan los presupuestos que, conforme al art. 6 de la Constitución, habilitan a los poderes políticos para disponer la intervención a una provincia. Sustancialmente, en

razón de que ésta es la única causa que se ha invocado desde principios de siglo, si la intervención del gobierno federal es necesaria para “garantir la forma republicana de gobierno” que los poderes políticos consideran subvertida.

b) Sanción de las leyes.

En ese mismo caso, el tribunal dispuso: “No compete a esta Corte examinar la interpretación que las Cámaras del Congreso han dado al art. 71 (hoy, 81) de la Constitución”. El concepto se reiteró y completó en el caso “Petrus” (CS, abril 28-948, “L.L.”, 51-27): “El Poder Judicial no tiene facultades para resolver sobre la forma como las leyes han sido aprobadas por el Congreso. Conoce de las leyes sólo una vez que ellas existen como tales, es decir cuando son promulgadas y puestas en vigencia”.

Este principio se extendió en el caso “Soria de Guerrero” (“Fallos”, 256:556; “L.L.”, 112-226), para que la Corte estableciera que no era pertinente su intervención para decidir si el art. 14 bis de la Constitución fue sancionado de conformidad con el reglamento interno de la Convención Reformadora. Es decir, sobre la constitucionalidad del proceso de reforma de la Constitución.

No obstante, en el caso “Colella” (“Fallos”, 268:352; “L.L.”, 127-666) decidió que existe cuestión justiciable cuando se pone en duda la promulgación parcial de una ley. En el caso se negó esta facultad del Ejecutivo, dado que la amplitud del ejercicio del veto había afectado la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.

c) La utilidad pública en la expropiación.

El principio general consiste en que la expropiación tiende a posibilitar el logro de fines de utilidad pública o de mejoramiento social. Esta calificación es privativa del Poder Legislativo y sólo es revisable por los jueces en casos de *extrema arbitrariedad*.

Desde sus primeras sentencias, el tribunal decidió que “el art. 17 de la Constitución libra a la discreción exclusiva del Congreso el juicio de la utilidad pública”. En el caso se discutía la calificación de una expropiación hecha a un particular para entregar el inmueble a otro particular: el Ferrocarril Central Argentino (caso “Hué”, “Fallos”, 4:311, 1867).

En el caso “Municipalidad de Buenos Aires c/Elortondo” (“Fallos”, 33:162, 1888), revisó este criterio y limitó la expropiación a la parte indispensable para la ejecución de la obra. La limita-

ción a la parte del terreno necesaria para la apertura de la Avda. de Mayo se basó en que en el caso se privaba a un particular para beneficiar con la posibilidad de venta del excedente a la Municipalidad.

En el caso “Ferrario” (“Fallos”, 251:246, 1958), se trataba de la expropiación de un automotor que luego se adjudicó a un tercero. La Corte, al declarar la inconstitucionalidad, advirtió: “Admitir que se expropie a alguien lo que otro recibirá sin más razón que la de gozar del favor oficial, implica tanto como atribuir al Estado potestades despóticas, inconciliables con el ordenamiento jurídico”. En realidad, la descalificación se basaba en un principio semejante al del caso “Elortondo”. La calificación de utilidad pública puede ser revisada cuando en virtud de la expropiación se perjudica al propietario para beneficiar a otro, aunque éste sea como en el caso “Elortondo” una persona jurídica de derecho público.

d) Estado de sitio.

1) Declaración.

El principio general es que los jueces deben abstenerse de conocer si se han dado en los hechos los presupuestos que, conforme a lo establecido por el art. 23 de la Constitución, habilitan a los poderes políticos para declarar el estado de sitio. Esta doctrina, que aparece en los primeros fallos, ha sido reiterada en todas las composiciones del tribunal hasta la actualidad (“Paz, Francisco c/ Estado nacional”, CS, octubre 3-989, “L.L.”, 1990-A, p. 452).

2) Medidas que son su consecuencia.

Por el contrario, luego de un contradictorio desarrollo jurisprudencial, a partir del caso “Sofía” (“Fallos”, 243:504; “L.L.”, 97-533) está sujeta al control judicial la aplicación concreta de los poderes de excepción del presidente sobre todos y cada uno de los derechos y libertades individuales. Este control comprende también lo referente a la razonabilidad del arresto y traslado de las personas que están a disposición del Poder Ejecutivo (caso “Zamorano”, “L.L.”, 1978-A, p. 472) y la opción para salir del país cuando ha sido denegada (caso “Moya”, “L.L.”, 1981-C, p. 108). Volveremos sobre este tema en el Capítulo XVII.

e) Existencia de la situación bélica.

En el criticado caso “Merk Química Argentina” (“Fallos”, 211:297, 1948), la Corte expresó que, aunque no existan hostilidades, “jurídicamente el estado de guerra subsiste al no haberse firmado la paz... es decir que todos los efectos de la guerra declarada quedan diferidos hasta el restablecimiento de la paz”. En consecuencia, a los fines de la constitucionalidad de las medidas tomadas, los jueces deben limitarse a constatar que la guerra ha sido declarada y la paz no ha sido firmada.

f) La eficacia de los medios arbitrados.

Es ajeno a la competencia de los jueces el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines que los poderes políticos —es decir, el Legislativo y el Ejecutivo— se han propuesto con la sanción de las normas. Aquéllos deben limitarse a conocer y decidir sobre la *razonabilidad* de las restricciones dispuestas. “La reglamentación debe ser razonable y no infundada o arbitraria y el análisis de la eficacia de los medios elegidos para alcanzar tales fines es ajena a la competencia del Poder Judicial” (caso “Corporación Vitícola, Industrial y Comercial, Cavic”, CS, julio 8-970, “L.L.”, 139-527).

La Corte Suprema, en su actual composición, ha ampliado la esfera de su competencia a cuestiones acerca de las cuales su postura clásica era de abstención. Así, por ejemplo, ha considerado de su competencia la revisión de las decisiones de los jurados de enjuiciamiento provinciales (caso “Magin Suárez”, CS, diciembre 29-987, “L.L.”, 1988-C, p. 121) y de los tribunales electorales (caso “UCR-CFI-FREJUPO”, CS, noviembre 16-989, “L.L.”, 1990-B, p. 18). En el caso “Nicosia” (CS, diciembre 9-993), ha conocido sobre la constitucionalidad del procedimiento seguido en materia de juicio político cuando la parte interesada invoca la violación del debido proceso.

Las cuestiones no justiciables han sido denominadas por alguna jurisprudencia —siguiendo la tradición de Estados Unidos— “cuestiones políticas”. Desde el punto de vista lógico, en esta calificación subyace un razonamiento circular. En puridad, cuando la Corte Suprema decide abstenerse de conocer sobre determinada cuestión la denomina “cuestión política”. Por tanto, el problema es semántico, pues no es posible determinar si el tribunal se abstiene porque se trata de una cuestión política o si le da la denominación de cuestión política porque ha decidido abstenerse de conocer.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Operatividad de los tratados:

- Susana Albanese, *Operatividad y programaticidad de las cláusulas de los tratados internacionales*, "L.L.", 1987-C, p. 974.
- Fernando N. Barrancos y Vedia, *La Corte Suprema de Justicia y la operatividad de las normas del Pacto de San José de Costa Rica en el orden interno*, "L.L.", 1987-D, p. 333.
- Carlos E. Colautti, *La operatividad de las cláusulas de las convenciones internacionales de derechos humanos*, "L.L.", 1990-C, p. 821.
- Agustín A. Gordillo, *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*, "L.L.", 1992-B, p. 1292.
- Jorge Reinaldo Vanossi, *Régimen Constitucional de los Tratados*, Ed. El Coloquio, Bs. As., 1969.

Convenios ejecutivos:

- Julio Carlos Lascano, *A propósito de la validez constitucional de los acuerdos ejecutivos*, "L.L.", 1989-A, p. 148.

Razonabilidad de las leyes:

- Juan Francisco Linares, *El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina. Razonabilidad de las leyes*, Ed. Depalma, 1944.

Cuestiones no justiciables:

- Ricardo Haro, *Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial?*, "L.L.", 1991-D, p. 1050.

Jerarquía de los tratados:

- Ernesto J. Rey Caro. Obra colectiva *Los tratados internacionales y la Constitución Nacional*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1995.
- Néstor Pedro Sagüés, *Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994*, "L.L.", 1994-E, p. 1036.
- Miguel Ángel Ekmekdjíán, *Los tratados internacionales en la reforma constitucional*, en "Pensamiento Jurídico", Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica Argentina, año I, n° 1, octubre de 1994.
- María Celia Castorina de Tarquini, *Supremacía de la Constitución*. Obra colectiva *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*.
- Carlos E. Colautti, *Los tratados internacionales y la reforma de la Constitución*, "L.L.", 1994-D-1145.
- Julio Barberis, *La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la Constitución Argentina*, Prudencia Juris XVII-XVIII, diciembre 1985 - abril 1986.

CAPÍTULO V

FORMAS DE SUFRAGIO Y SISTEMAS ELECTORALES

1. Formas de sufragio.

Como introducción, es preciso realizar una distinción entre formas de sufragio y sistemas electorales.

La forma de sufragio se refiere a cómo se emite el voto, y los sistemas electorales a cómo se computan los votos.

La reforma de 1994 ha hecho ingresar a la Constitución, en el art. 37, los principios de la ley Sáenz Peña: “el sufragio es *universal, igual, secreto y obligatorio*”.

Parecen entonces superadas por el texto expreso las disquisiciones doctrinarias acerca de la naturaleza del sufragio; hoy podemos afirmar que éste constituye una función constitucional que tiene carácter obligatorio.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a la Constitución, dispone:

“Todos los ciudadanos gozarán... sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: ...*b*) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores” (art. 25, inc. *b*). La disposición se repite sin variaciones en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 23, inc. *b*).

Nos parece innecesario —dada su claridad— detenernos en estas características del sufragio. Sólo queremos recordar que la única disidencia en el derecho comparado de Occidente se da respecto de la obligatoriedad del voto, la que no está contemplada en los tratados sobre derechos humanos. Cuando se discutió en el Congreso de la Nación la ley Sáenz Peña, ésta fue la característica que tuvo menos apoyo. En la votación en la Cámara de Diputados fue rechazada por 34 votos contra 32, y resultó sancionada por la insistencia del Senado con las dos terceras partes estrictas de los votos, es decir, trece contra seis (*Diario de Sesiones, Cámara de*

Diputados, 1911, t. III, p. 531; *ídem*, Cámara de Senadores, 1911, t. II, p. 347).

2. Sistemas electorales.

En primer lugar, es conveniente recordar que, en virtud del sistema federal adoptado, las provincias y la ciudad de Buenos Aires (también la Capital Federal, en caso de traslado) constituyen circunscripciones previstas por la Constitución a los efectos electorales. La única regla en materia de sistema electoral que tiene la Constitución es la que estipula que los diputados serán elegidos a *pluralidad de sufragios* (art. 45). En nuestro país, para la elección de diputados nacionales y electores de presidente de la República se han utilizado todos los sistemas electorales más conocidos en el derecho comparado, que veremos a continuación.

a) Sistema de lista completa.

Empleado de 1857 a 1904, y de 1905 a 1912. En este sistema se proclaman todos los candidatos del partido que haya obtenido más votos.

b) Sistema uninominal por circunscripción.

Empleado en 1903 y 1904, y de 1951 a 1954. La capital y las provincias, como distritos electorales previstos en la Constitución, se dividen en tantas circunscripciones como diputados deban elegir. Cada circunscripción elige, por tanto, un diputado, y de allí la calificación de uninominal. El sistema tiene el prestigio de ser el adoptado por Inglaterra, Estados Unidos, Francia y —combinado con el proporcional— por Alemania.

c) Sistema de lista incompleta.

Es el establecido por la ley Sáenz Peña (ley 8871). Rigió hasta 1949 y fue reimplantado para las elecciones de 1958. Cada elector vota solamente por las dos terceras partes de las vacantes a cubrir, de modo tal que a la primera minoría le corresponde un tercio de los cargos. Es un sistema que no tiene difusión en el derecho comparado. Resultó un compromiso para la transición, después del sistema de lista completa.

d) Sistema proporcional D'Hont.

Como su designación lo indica, el sistema otorga a cada partido un número de representantes que guarda proporción con los votos obtenidos. Nuestras leyes electorales han adoptado la variante ideada por el matemático belga Víctor D'Hont. Ha sido utilizado en 1957 (elección de constituyentes), en 1963, 1965, 1973, y desde 1983 hasta la fecha para la elección de diputados, electores de presidente y, en su caso, electores de senador por la Capital Federal.

Creemos que para explicar el mecanismo resultará útil transcribir el texto de la ley electoral vigente (ley 24.444), que prevé, además, un mínimo del 3% del padrón electoral de cada uno de los distritos de la Constitución para que los partidos políticos puedan participar en la asignación de cargos.

"Los cargos a cubrir se asignarán conforme al orden establecido por cada lista y con arreglo al siguiente procedimiento:

"a) El total de los votos obtenidos por cada lista que haya alcanzado como mínimo el tres por ciento del padrón electoral del distrito será dividido por uno, por dos, por tres y así sucesivamente hasta llegar al número total de los cargos a cubrir;

"b) Los cocientes resultantes, con independencia de la lista de que provengan, serán ordenados de mayor a menor en número igual al de los cargos a cubrir;

"c) A cada lista le corresponderán tantos cargos como veces sus cocientes figuren en el ordenamiento indicado en el inciso b".

Este sistema, que se basa en un principio matemático de proporcionalidad, no tiene cifra repartidora. La proporcionalidad se logra por el ordenamiento de los cocientes.

e) Sistema de lemas.

Estimamos conveniente referirnos al sistema de lemas y sublemas porque éste ha sido incorporado al derecho público de las provincias de Misiones, Santa Fe, Formosa, Jujuy, Santa Cruz y Santiago del Estero, entre otras.

El mecanismo autoriza al elector a votar en el mismo acto por un partido político (*lema*) y, dentro del lema, por una de las líneas internas (*sublema*). Los votos emitidos en favor de cualquier sublema se acumulan para el sublema que haya obtenido mayor cantidad de sufragios. Este sublema representa al lema.

El sistema no es técnicamente un sistema electoral, dado que éstos, como hemos dicho, son métodos para el cómputo de los votos;

es, mejor dicho, una forma de sufragio vinculada con las elecciones primarias de los partidos políticos. Establece la forma en que se debe emitir el voto, es decir, por el *lema* (partido político) y el *sublema* (línea interna). Por eso es que en algunas leyes (Santa Fe) el sistema se denomina “doble voto simultáneo” o, también, “voto acumulativo”. Para la distribución de los cargos las leyes adoptan un sistema electoral específico. Por ejemplo, el D'Hont en Misiones y Santa Fe. Como consecuencia de estas características, es posible que el candidato que consigue más votos en la elección sea desplazado por otro que ha obtenido menor cantidad, pero que se ve favorecido por la acumulación de sufragios en su lema.

En la actualidad el sistema es motivo de profundas críticas, pues no refleja en forma cabal la voluntad del electorado y genera graves dificultades en el momento del escrutinio.

3. Justicia electoral.

En el sistema nacional, las cuestiones relacionadas con la fundación, organización, control patrimonial, funcionamiento y extinción de los partidos políticos, la elección y escrutinio de los candidatos, y las faltas electorales están a cargo de la justicia electoral (ley 19.108 y sus modificatorias).

La justicia electoral, en la Capital Federal y en cada una de las provincias, está a cargo de los jueces federales a quienes se haya asignado esta competencia. Existe, además, una Cámara Federal Electoral con competencia específica y privativa para estas cuestiones.

4. Partidos políticos.

Las constituciones clásicas del siglo XIX no aludían específicamente a los partidos políticos. Éstos se fueron desarrollando en forma paulatina a través de la libertad de asociación.

Su surgimiento histórico, es objeto de polémica pero la corriente anglosajona lo ubica simultáneamente con el nacimiento de los bloques parlamentarios. En efecto, la incorporación en Inglaterra de los primeros representantes de las fuerzas del trabajo al Parlamento hizo que se fueran reuniendo con el objeto de establecer políticas comunes. De allí nacieron los primeros grupos de apoyo a los candidatos laboristas, y más tarde se convirtieron en grupos políticos con carácter permanente, sin

necesidad de norma expresa que los reglara. Es decir que el mecanismo general fue simple: creación de grupos parlamentarios; luego, aparición de comités electorales y, finalmente, el establecimiento de una relación permanente entre estos dos elementos. Pero, sea como fuere, "en 1850 ningún país de Occidente (salvo Estados Unidos) conocía partidos políticos en el sentido moderno de la palabra: había grupos de opinión, clubes populares, asociaciones de pensamiento, grupos parlamentarios, pero no partidos en el sentido actual de la palabra" (Duverger, p. 46). Recién con la finalización de la Segunda Guerra Mundial y con las "constituciones sociales", sus textos comenzaron a considerar a los partidos políticos como intermediarios entre electores y elegidos. Podemos citar así la Constitución de México de 1917, que en su art. 34, inc. III, establecía que es prerrogativa de todo ciudadano "asociarse para tratar los asuntos políticos del país", y la Constitución de Weimar de 1919, que disponía que "toda asociación puede adquirir la personalidad jurídica conforme a las prescripciones del derecho civil. Esa personalidad no puede serle negada por el hecho de perseguir un *fin político*, social o religioso".

En el caso "Ríos" (CS, abril 22-1987, "L.L.", 1987-C, p. 273), la Corte afirmó que "el afianzamiento de las formas democráticas exige, como condición ineludible, que los partidos políticos se fortalezcan y consoliden en su irremplazable rol de *servir de intermediarios entre los individuos y el poder, entre el legislador y el pueblo*".

El art. 38 de la Constitución dispone:

"Los partidos son instituciones fundamentales del sistema democrático".

"Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución".

A su vez, la Constitución les garantiza:

*"Su organización y funcionamiento democráticos,
la representación de las minorías,
la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos,
el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.*

El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes". Además, *"deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio".*

Podemos decir que todos estos objetivos previstos en la Constitución ya habían tenido recepción legislativa en el Código

Nacional Electoral (ley 19.945, sus modificatorias, y ley 24.444) y en la ley de partidos políticos.

El texto del art. 38 da rango constitucional al monopolio de estas instituciones para la postulación de los candidatos a los cargos públicos electivos, lo que ha sido considerado constitucional por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Ríos".

5. Elección de los gobernantes.

El primer tema que debemos encarar es el de la distinción entre elecciones directas e indirectas. El sistema indirecto, previsto en la Constitución de 1853/60 para la elección de senadores de las provincias y de presidente y vicepresidente de la Nación, era de segundo grado. En el primer caso, la elección la realizaban en definitiva las legislaturas provinciales. En el segundo, el pueblo de la República elegía electores. Éstos, conforme al texto constitucional, elegían presidente y vicepresidente. Para la elección de senadores de la Capital Federal se elegían también electores.

La reforma de 1994 estableció el principio general de la elección directa de todos los cargos. No obstante, en virtud de lo previsto por la cláusula transitoria cuarta, el sistema de elección indirecta de senadores por las legislaturas provinciales continuará hasta el año 2001. A partir de esa fecha, todos los cargos electivos serán cubiertos por elección directa.

En los capítulos correspondientes estudiaremos las elecciones de presidente y vicepresidente, y de diputados y senadores de la Nación.

6. Formas semidirectas de democracia.

Los sistemas de democracia semidirecta constituyen un modo que ha tenido difusión en las últimas décadas en el derecho extranjero y en el derecho público provincial, por medio del cual se refuerza la participación popular en las decisiones del Estado. Tienden a que los ciudadanos —sin intermediación de representantes— se pronuncien por sí o por no respecto de determinadas materias sometidas a su consulta.

En la teoría y en el derecho comparado se distinguen tres formas básicas:

a) *Iniciativa popular*: los ciudadanos proponen la sanción de determinadas normas;

b) *Consulta popular*: tiene por objeto que el pueblo se pronuncie acerca de ciertas normas o medidas de política. La consulta puede ser vinculante o no vinculante. Como modalidad, es posible distinguir el plebiscito, cuyo objeto es el apoyo a determinada persona.

c) *Revocatoria popular*: los ciudadanos proponen la derogación de determinada legislación. También se utiliza para la revocación del mandato de funcionarios.

La reforma constitucional de 1994 ha incluido en el texto las dos primeras formas.

a) **Iniciativa popular.**

“Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos en la Cámara de Diputados” (art. 39, párrafo 1°).

“No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal” (art. 39, párrafo 3°).

Esta exclusión posee, desde nuestro punto de vista, una extrema oscuridad y resulta demasiado limitativa. Creemos que la exclusión de los tratados internacionales sólo implica que no podrán aprobarse por este procedimiento, lo que no impide que pueda recurrirse a él para reglamentar materias que, si bien están regidas por los tratados, se refieren a temas que son también de competencia del Congreso de la Nación.

El párrafo 2° prevé que el Congreso deberá dictar una ley al respecto con mayoría calificada: *“mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros”*.

Como requisito formal, dispone que la ley no podrá exigir más del *tres por ciento del padrón electoral nacional*, dentro del cual deberá contemplar una *adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa*.

Es necesario entender que, en principio, ésta debe estar apoyada con firmas que equivalgan al 3 % del padrón de cada distrito. En estas condiciones puede considerarse que la iniciativa popular tiene operatividad —en aquellas materias que no hayan sido excluidas—, sin necesidad de esperar a que se dicte la ley especial.

El párrafo 1° del art. 39 dispone que el Congreso debe dar expreso tratamiento a los proyectos que surjan de la iniciativa popular, *dentro del término de doce meses*.

b) Consulta popular.

1) *Consulta vinculante.*

El art. 40, párrafo 1º, se refiere a la consulta vinculante:

“El Congreso a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática”.

Para este caso se prevén los siguientes requisitos y resguardos formales:

- a) el llamado a consulta vinculante corresponde exclusivamente al Congreso;
- b) la Cámara de Diputados es la cámara iniciadora;
- c) la ley de convocatoria no puede ser vetada, y
- d) la promulgación es automática.

2) *Consulta no vinculante.*

El segundo párrafo del art. 40 dispone:

“El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio”.

Es decir que este tipo de consulta no es privativo del Congreso, sino que ella puede ser convocada también por el presidente de la Nación para las materias que atañen a su competencia o zona de reserva.

“En este caso el voto no será obligatorio”.

La Constitución también prevé que para la consulta popular debe dictarse una ley que reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta. Para la sanción de esta ley se requiere, además, *la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara* (art. 40, párrafo 3º).

Es posible afirmar, por las consideraciones que siguen sobre la interpretación del art. 22 de la Constitución, que tanto el presidente como el Congreso tienen facultades, sin necesidad de una ley reglamentaria para convocar a consulta popular.

c) Interpretación del art. 22 de la Constitución.

El art. 40 de la reforma de 1994 incluyó en la Constitución las formas de democracia semidirecta, sin derogar el art. 22, que dispone:

*“El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”*¹.

Parte de la doctrina ha encontrado en este artículo un impedimento para las formas de democracia semidirecta, es decir, sin representación, por lo que podríamos encontrarnos frente a una colisión de normas. Creemos, no obstante, que el tema ya había sido aclarado por Carlos Sánchez Viamonte. En efecto, en *El Poder Constituyente* (p. 128), advierte que la mayoría de los tratadistas “infieren de este texto que cualquier forma de plebiscito es inconstitucional”. Recuerda que “en nuestro país el plebiscito se hallaba unido al recuerdo de la dictadura de Rosas y a ello se debe su exclusión casi absoluta de nuestro derecho público y la desconfianza que manifestaban hacia él los doctrinarios más autorizados en nuestra organización constitucional” (p. 123). A pesar de ello, afirma que a su juicio “ese artículo no tiene más finalidad que prohibir la reunión de personas armadas o que se atribuyan el derecho del pueblo. Ese es su verdadero sentido. El primer período que lo forma está explicado por el segundo, de tal manera que la prohibición al pueblo de deliberar y gobernar tiene por objeto calificar de sedición todo abuso cometido en su nombre y al margen de la organización constitucional”; agrega, más adelante, que “todo plebiscito es una forma de sufragio en que el pueblo manifiesta su voluntad y su opinión en algún asunto que le afecta de un modo profundo y directo. Ni delibera ni gobierna reunido. *La reunión del pueblo en forma multitudinaria y tumultuosa es lo único que ha querido impedir este art. 22*”.

Podemos afirmar, entonces, que la segunda parte da sentido a lo dispuesto en 1853 y significa la interdicción de las formas directas de democracia, es decir, de las asambleas populares y no de las formas semidirectas en las cuales el pueblo se expresa por medio del sufragio.

La constitucionalidad del plebiscito —antes de la reforma de 1994— fue tratada por nuestra Corte Suprema en los autos

¹ El antecedente de la segunda parte de esta norma es el art. 26 del Proyecto que Alberdi acompañó a la tercera edición de las *Bases...* En el capítulo 4º (“Garantías públicas de orden y de progreso”) preveía: “Toda persona o reunión de personas que asume el título por representación del pueblo, se arroga sus derechos o peticione en su nombre comete sedición”.

“Baeza” (CS, 28/8/84, “Fallos”, 306:1125). En dicha sentencia el tribunal decidió que el Poder Ejecutivo tenía facultades para convocarlo, aun cuando, conforme al texto anterior, la institución no estaba expresamente prevista.

En consecuencia, frente al texto expreso del art. 40 debe entenderse que los órganos políticos tienen la facultad de convocar a consulta popular —vinculante o no—, aun sin ley que reglamente la institución.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Interpretación del art. 22 de la Constitución:

Carlos Sánchez Viamonte, *El Poder Constituyente*, Ed. Bibliográfica Argentina, 1957.

Partidos políticos:

Julio Rodolfo Comadira y Jorge I. Muratorio, *La constitucionalización de los partidos políticos*, “L.L.”, del 25/9/95.

Maurice Duverger, *Partidos Políticos*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1961.

CAPÍTULO VI

EL ESTADO FEDERAL

1. El Estado federal. Nociones preliminares.

La forma federal de Estado implica una manera de distribución de competencias entre los Estados locales y el Estado central. Es una modalidad de descentralización ideada, por un lado *a priori*, como una teoría deducida en forma lógica, y por otro, empíricamente, partiendo de soluciones que parecían dar resultados razonablemente buenos o que al menos tenían visos de funcionar. Es decir que la adopción del sistema federal se hizo en parte a partir de experiencias de la organización de los Estados Unidos y en parte por razones históricas, como medio de preservar unidades políticas anteriores a la organización sin que el Estado central corriera el peligro de disgregación.

En el sistema argentino —que en esto sigue el modelo de Estados Unidos— los Estados que componen la federación conservan todos los poderes que no han delegado en el Estado central (art. 121). En su forma arquetípica, aquéllos delegan solamente los poderes vinculados con las cuestiones internacionales o interprovinciales, pues la decisión sobre estos temas es la causa eficiente de la creación del gobierno central. Estos principios constituyen los puntos básicos de la teoría general sobre el federalismo, que en nuestro país difiere en forma dramática con la práctica del sistema.

Podemos añadir que el orden jurídico de los Estados que componen el Estado federal (provincias) se integra con normas emanadas del gobierno central y de los órganos locales. Como hemos visto, en caso de colisión tienen supremacía las primeras.

No queremos finalizar estas breves líneas introductorias sin recordar que en el sistema de los Estados Unidos los gobiernos locales conservaron la atribución de dictar las normas que enumera el art. 75, inc. 12, de la Constitución como competencia del Congreso de la Nación, es decir, los Códigos Civil, de Comercio,

Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social. Esto en consideración a que —de acuerdo con lo que dijimos antes— la materia de estos códigos es, en principio, ajena a los temas que atañen a las relaciones internacionales o interprovinciales. El Estado federal de Estados Unidos legisla sobre estas materias sólo cuando sus regulaciones interesan a este tipo de relaciones. Ello implica una profunda diferencia entre ambos sistemas y confiere al nuestro una característica de mayor centralismo.

2. Autonomía de las provincias.

En primer lugar, será necesaria una aproximación al concepto de autonomía, que constituye uno de los dilemas básicos de la teoría general del derecho.

Si, en honor a la brevedad, ingresamos al sentido etimológico (*autos - nomos*), podemos entender que el concepto se vincula con la capacidad de dictarse sus propias normas.

Antes de la reforma constitucional de 1994, la jurisprudencia había afirmado que “en nuestra estructura constitucional las provincias son las únicas entidades autónomas porque se dictan sus propias normas básicas” (“Universidad de Buenos Aires c/ Estado nacional”, CS, junio 18-991, “L.L.”, 1991-E, p. 136). En la reforma de 1994 no sólo se reconoce la autonomía de las provincias sino también la de los municipios (art. 123) y la de las universidades nacionales (art. 75, inc. 19).

Ya hemos transcripto el art. 5, que reconoce el derecho de las provincias para dictar sus propias constituciones, las que, a su vez, deben respetar los lineamientos generales de la Constitución Nacional y asegurar la administración de justicia, el régimen municipal y la educación primaria, de lo que deriva que —aun cuando “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal”— esta autonomía también es incompleta. Es decir que existe una relación de subordinación jurídica, marcada además por la existencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que debe asegurar la supremacía del derecho federal sobre el local y opera como única instancia encargada de dirimir los conflictos entre los Estados miembros (art. 127). La Constitución atribuye a los gobernadores de provincia la calidad de “agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación” (art. 128).

El poder constituyente provincial tiene sus límites en los principios de la Constitución Nacional. Pero estos límites son

exclusivos y excluyentes. Éste es el concepto de plena autonomía. Es importante reiterar que nuestro sistema federal es, por esencia, un sistema de competencias delegadas, lo que implica —desde nuestro punto de vista— que las provincias son anteriores al gobierno federal. Muchas de ellas¹ dictaron sus propias constituciones antes de 1853.

3. Autarquía de las provincias.

Conforme al art. 122 (antes, 105), que no ha sido reformado, las provincias “*se dan sus propias instituciones locales, se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia sin intervención del gobierno federal*”.

La regla define la autarquía (*archei*: gobierno) y excluye la intervención del gobierno federal en la integración de los poderes locales. Implica asimismo la competencia privativa de los poderes provinciales para establecer el régimen de nombramiento, de remoción y de responsabilidad de sus funcionarios. En las reformas vinculadas con el autogobierno provincial que impuso la reforma de 1860, encontramos la mejor explicación de la amplitud del ámbito que debe reconocerse a este artículo. En efecto, dicha reforma suprimió la competencia de la Corte Suprema de Justicia referida a *la decisión de los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia*; en el art. 5 eliminó —como recordamos— la potestad del Congreso para revisar las constituciones provinciales antes de su promulgación, y en el art. 45 (hoy, 53) excluyó del juicio político a los *gobernadores de provincia*. Es decir que aclaró y ratificó en forma inequívoca la idea de que el autogobierno provincial no podía ser limitado por ninguno de los poderes del gobierno federal.

Cuando en la Convención del Estado de Buenos Aires se analizó la cláusula que confería atribuciones al Poder Judicial federal para conocer “de los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia”, Dalmacio Vélez Sarsfield afirmó que esa “adición singular que se ha hecho a la Constitución de Estados Unidos... destruye completamente el sistema federal, porque un poder extraño viene a entrometerse en las cuestiones interiores de una provincia”. Añadiendo: “En caso de conflicto

¹ Santa Fe (1819), Tucumán (1820), Córdoba (1821), Cuyo (1821), Entre Ríos (1822), Catamarca (1823), Santiago del Estero (1830), San Luis (1832) y Jujuy (1835).

entre los poderes provinciales debe únicamente estarse a la constitución particular de cada Estado, dado que existe una soberanía provincial tan completa como la soberanía nacional en las materias que le están delegadas" (Ravignani, *Asambleas...*, t. IV, p. 936).

De hecho, las constituciones locales, en virtud de lo dispuesto por el art. 5, han organizado sus poderes locales dentro del esquema tripartito, de una forma muy semejante a la prevista por la Constitución Nacional. Conservan el poder de organizar el régimen electoral, pero, como bien lo advierte Pedro Frías, las ventajas de la coordinación con el gobierno nacional, la simultaneidad de elecciones —que es la regla— y el padrón único para ambas elecciones presionan sobre el sistema. Pero las provincias son los únicos árbitros del sistema adoptado; es así que en los últimos doce años de vida republicana los sistemas electorales de provincia se han diferenciado en forma paulatina y profunda del sistema de las elecciones nacionales y han adoptado formas de sufragio como la de lemas y sublemas, o las consultas populares para las elecciones primarias de senadores nacionales. Esto no implica, desde luego, un juicio de valor sobre las decisiones adoptadas.

4. Distribución de los impuestos.

La reforma de 1994 ha aclarado el sistema de distribución de los impuestos entre el gobierno federal y las provincias, pero ha mantenido el régimen vigente conforme a lo establecido por las leyes-convenio, cuya primera versión es de 1973 (ley 20.221).

A pesar de que la distinción entre impuestos directos e indirectos ha perdido gran parte de su eficacia en virtud de la evolución y complejidad del fenómeno económico, intentaremos hacer, como introducción, unas breves precisiones sobre el tema, dado que dicha diferenciación viene impuesta por el texto de la Constitución.

Los impuestos directos son aquellos en los cuales el obligado al pago queda identificado desde el mismo momento del hecho imponible (impuestos a las ganancias, al patrimonio, inmobiliario, etc.).

En cambio, en los impuestos indirectos, quien en definitiva afronta el pago no está identificado en el primer momento. Quien adelanta el impuesto en la primera etapa lo traslada, en definitiva, al último eslabón del consumo, del servicio o de la

transacción (por ej., impuesto al valor agregado, impuestos internos).

A continuación sintetizaremos el sistema establecido en el art. 75, inc. 2.

a) Impuestos indirectos.

“Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias” (art. 75, inc. 2, párrafo 1°).

La primera parte del inciso aclara un punto que no estaba expresamente dilucidado en el texto de 1853, pero que después de los debates parlamentarios que tuvieron lugar desde 1891 a 1894, cuando se discutieron y sancionaron las primeras leyes de impuestos internos, quedó definitivamente aclarado: las contribuciones indirectas son facultad concurrente del Estado federal y de las provincias.

b) Impuestos directos.

“Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan”.

El párrafo es idéntico al texto de 1853/60, con la modificación formal de que se ha omitido la conjunción “y” antes de “proporcionalmente”. Es decir que, en la letra, las provincias se reservan para sí los impuestos directos. La Nación sólo puede establecerlos en forma transitoria y excepcional. Esta excepción se ha convertido en regla permanente. El impuesto a las ganancias ha sido prorrogado durante más de cincuenta años.

En el tercer párrafo del inciso, la reforma determina que si el Congreso no acuerda una *asignación específica* a los impuestos, éstos son coparticipables.

“Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables”.

La decisión queda, en consecuencia, librada a su arbitrio. Es exacto lo que afirma Pedro Frías acerca de que en el sistema “todos los impuestos son coparticipables”. Esto en tanto el Congreso no establezca para los directos *en todo o en parte* una asignación especial. No son coparticipables únicamente los impuestos aduaneros que pertenecen a la Nación (ver Bulit Goñi, p. 3).

A partir de la reforma de 1994, para “establecer y modificar las asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado...”, el Congreso debe dictar “...una ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara” (art. 75, inc. 3). Es decir que se otorga una rigidez especial a las asignaciones existentes y a las que se propongan en el futuro.

5. El sistema de coparticipación.

a) Principios generales.

La reforma de 1994 ha reconocido como principio constitucional el de la *coparticipación*, que está arraigado con solidez en nuestro sistema a través de su regulación por las leyes-convenio a partir de 1973.

“Una ley convenio sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad de la remisión de fondos” (art. 75, inc. 2, párrafo 3°).

El esquema básico de las leyes-convenio es el siguiente: la Nación recauda diversos tributos y luego distribuye lo percibido, de acuerdo con los porcentajes que fija la ley entre la Nación y las provincias. A partir de la reforma de 1994, cuando se reglamente, también deberá participar la ciudad de Buenos Aires². Aquéllas asumen la obligación de no crear impuestos análogos a los coparticipados (art. 9, ley 23.548).

El art. 75, inc. 2, incluye como principio constitucional el derecho de las provincias a la automaticidad de la remisión de los fondos, que ya estaba expresamente formulado en las normas de coparticipación a partir de la primera ley de 1973. La ley 23.548 dispone que el Banco de la Nación hará las transferencias correspondientes diariamente y en forma automática (art. 6).

b) Distribución.

“La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires, y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas...”. En

² Puede advertirse que en este párrafo la Constitución omite a la ciudad de Buenos Aires. Esta omisión se salva en el párrafo siguiente.

la actualidad, la Nación, de su porcentaje (42,34%), entrega una participación a la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires y el resto se distribuye entre las provincias (54,66%). Se prevé un 2% como fondo de recuperación histórica, el que se reparte entre las provincias de Buenos Aires, Chubut, Neuquén y Santa Cruz. En relación con la distribución, el párrafo 3º añade que: “*será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional*”. Éstas son directivas para el legislador, quien, como representante del pueblo y de las provincias, deberá reglamentar en la forma que considere más conveniente el sistema representativo, republicano y federal (art. 1).

c) Requisitos formales de la ley.

La Constitución señala los siguientes requisitos:

a) “*La ley-convenio tendrá como Cámara de origen el Senado...*”. Las leyes-convenio, como hemos dicho, no estaban previstas en la Constitución Nacional. Nacen en el año 1946 con el dec.-ley 9316/46 (ley 12.921) de reciprocidad previsional. La ley-convenio es sancionada por el Congreso de la Nación pero su ámbito de validez depende de la adhesión por parte de las provincias; en las no adheridas no se aplica. Como bien lo afirma Sagüés, “no puede alterar el reparto de competencias que hace la Constitución entre la Nación y las provincias (por tanto no puede transformar un impuesto que por la Constitución es nacional en provincial), pero sí flexibiliza los dispositivos de recaudación y asignación de recursos” (*Elementos...*, t. I, p. 416).

El Senado, como órgano representativo de las autonomías provinciales, es la Cámara iniciadora.

b) “*...deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara*”. Es decir que es una de las leyes especiales que prevé la Constitución.

c) “*...será aprobada por las provincias...*”. Desde nuestro punto de vista se ha deslizado un grueso error. El concepto es que deberá ser sometida a las provincias para su aprobación. Como dijimos, el principio es que la ley no tiene vigencia para aquellas provincias que no adhieren a ella, y la adhesión desde luego no es obligatoria.

d) “*...no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada...*”. Esto sirve para explicar la esencia de este tipo de leyes. Dado que es una *ley-contrato*, éste no puede ser modificado hasta la finalización del lapso de su vigencia. Por otra parte, no puede

ser reglamentada, ya que el Poder Ejecutivo nacional carece de competencia para ello en razón de que se trata de un convenio entre entes autónomos.

La cláusula transitoria sexta dispone: *Un régimen de coparticipación conforme y la reglamentación del organismo federal fiscal serán establecidos antes de la finalización del año 1996.* El Congreso aún no ha dictado aquellas normas. En consecuencia, rige el régimen anterior y el párrafo segundo de la disposición transitoria que dispone que hasta el dictado de la ley de coparticipación no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de la Reforma. *Tampoco podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma.* En rigor, esta distribución no puede modificarse ni en favor ni en contra de las provincias si no es en virtud de la ley-contrato o ley-convenio que contempla el art. 75, inc. 2, y de la cláusula transitoria.

El segundo párrafo de la cláusula transitoria indica que ella “no afecta los reclamos administrativos o judiciales en trámite originados por diferencias por distribución de competencias, servicios, funciones o recursos entre la Nación y las provincias”. Constituye un corolario del principio general, válido tanto en derecho privado como público, acerca de que las renunciaciones o transacciones no se presumen.

d) Transferencia de competencias.

El párrafo 5º del art. 75, inc. 22, establece que “no habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva *reasignación de recursos*, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires, en su caso”.

Esta regla constituye un reaseguro para el sistema federal, dado que establece un impedimento para las transferencias sin asignación de recursos. Las provincias o la Capital, en su caso, deben prestar conformidad no sólo con la transferencia sino también con los fondos asignados. Concuerda con lo que dispone la cláusula transitoria 6ª: “la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de la reforma no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada...”.

e) Órgano de control.

La ley-convenio vigente prevé un órgano de asesoramiento y control del cumplimiento de las normas en materia de percepción y control de los impuestos coparticipados (Comisión Federal de Impuestos). El párrafo 5º del art. 75, inc. 2, reconoce rango constitucional a un organismo de este tipo que deberá ser reglamentado por la ley especial y prevé:

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

6. Subsidios a las provincias.

El inc. 9 del art. 75 (antes, inc. 8, art. 67, sin reforma) dispone como atribución del Congreso de la Nación la de “acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios”.

El tema fue discutido ya en la Asamblea Constituyente de 1824/27, con la denominación de “auxilios”, es decir, adelantos del gobierno nacional (ver Ravignani, *Asambleas... cit.*, t. II, p. 131). En la Convención de 1853, el proyecto de la Comisión de Negocios Constitucionales imponía la obligación de devolver dichos subsidios. Este requisito fue posteriormente suprimido a solicitud del convencional Seguí (*idem*, t. IV, p. 527).

Como bien se observó ya en la Asamblea de 1824, la concesión de “auxilios” siempre recaería sobre el “tesoro” de las provincias, en razón de que los fondos de la Nación se generan siempre con lo que se detrae a éstas o a los habitantes de la Capital Federal. Esto fue advertido con su habitual claridad por Joaquín V. González: “Esta cláusula debe entenderse como un deber de protección impuesto al Congreso en favor de las provincias que, al constituirse en Estados federativos, se despojan para constituir el Tesoro nacional, de las más seguras fuentes de recursos de que vivieran antes de su confederación” (*Manual... cit.*, p. 690).

Los subsidios constituyen una obligación del gobierno federal, dado que su objeto es cubrir los “gastos ordinarios” de las provincias “cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos”. En teoría, al menos, no es una concesión graciosa. El tema está

estrechamente vinculado con la forma en que se distribuyen los impuestos a través de la ley de coparticipación. Conforme a este sistema, en la actualidad el gobierno federal, en lugar de distribuir subsidios, realiza adelantos sobre los fondos de coparticipación. Con ello se ha revertido la clásica discusión, porque el gobierno central no otorga subsidios no reembolsables sino que, al realizar adelantos, éstos pueden luego ser descontados a las provincias.

El sistema de coparticipación y de adelantos provoca sin duda una extrema debilidad en el concepto de autonomía provincial. La reforma ha institucionalizado un mecanismo que en la práctica ha lesionado gravemente al sistema federal.

7. La libre circulación interjurisdiccional.

Una de las características más evidentes de los sistemas federales es el libre tránsito de personas y mercaderías. El pacto federal o, en su caso, la Constitución organizan así un espacio territorial ampliado, o sea, un sistema que en el lenguaje actual se denomina “zona de libre comercio”, donde es libre el tránsito de todo tipo de productos, sea cual fuere su origen. También es libre el tránsito de personas, lo que enriquece y fortalece la unidad. Este sistema ya había sido consagrado en líneas generales en el Pacto Federal de 1831 (art. 9) y en forma inequívoca en el art. 3 del Acuerdo de San Nicolás. El art. 10 de la Constitución —que tiene su antecedente en esta disposición— lo establece de la siguiente manera:

“En el interior de la República es libre de derechos la *circulación* de los efectos de producción o fabricación nacional, así como la de los géneros y mercancías de todas clases, despachadas en las aduanas exteriores”. El principio se reitera en el art. 11, que prohíbe expresamente todo gravamen sobre los medios de transporte o “por el hecho de transitar el territorio”.

La Corte Suprema ha definido la sustancia de estas reglas con elegancia y concisión: “El sistema adoptado por la Constitución Nacional en materia de circulación territorial y de comercio interprovincial y exterior consiste en crear un solo territorio para un solo pueblo” (caso “Gath y Chaves c/Provincia de Buenos Aires”, “Fallos”, 149:137, 1927). Por lo tanto, son inconstitucionales los derechos denominados “diferenciales”, que gravan en forma más onerosa las mercaderías provenientes de otras provincias, por ese solo hecho (caso “Ostendorp c/Provincia de Córdoba”, “Fallos”, 106:109, 1907, entre muchos otros). Siguiendo esta línea, las

provincias no pueden gravar el transporte interprovincial o internacional ("Fallos", 188:27). Tampoco pueden gravar a las agencias de viajes y auxiliares del transporte interprovincial e internacional ("Aerolíneas Argentinas c/Provincia de Buenos Aires", "L.L.", 1987-D, p. 461).

Jurisprudencia sobre el peaje.

Durante mucho tiempo se discutió si el derecho, tasa o arancel de peaje estaba en colisión con la prohibición constitucional de gravar la circulación.

La Corte Suprema de Justicia, en el caso "Arenera del Libertador" ("L.L.", 1991-D, p. 404), admitió finalmente la constitucionalidad del peaje y fijó los siguientes principios:

a) Desde el punto de vista constitucional, el peaje es una contribución caracterizada por la circunstancia de que el legislador la asocia a un proyecto que identifica con claridad;

b) Lo que el constituyente ha querido con los arts. 9, 10, 11 y 12 es evitar el dictado de normas mediante las cuales se afecte el tráfico interjurisdiccional con impuestos, y

c) Es constitucional el peaje si está vinculado con el pago de servicios y otras prestaciones en favor del usuario. Es decir, cuando tiene rasgos que lo aproximan a las tasas y lo alejan definitivamente del impuesto.

8. Régimen constitucional de las aduanas.

Hemos visto que es inconstitucional todo impedimento económico al tránsito interprovincial. En consecuencia, el sistema federal permite exclusivamente las aduanas internacionales. El art. 126 prohíbe expresamente a las provincias establecer aduanas provinciales. El régimen aduanero es, por tanto, de competencia exclusiva del gobierno nacional:

"En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso". El art. 75 ratifica estos conceptos al definir entre sus funciones "legislar en materia aduanera" (inc. 1), y el inc. 10 dispone la facultad de crear o suprimir aduanas.

En nuestro sistema también pertenecen a la Nación los recursos de aduana.

El art. 4 de la Constitución establece:

"El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de

importación y exportación...". Nos parece conveniente recordar que en 1860, en el seno de la Convención Reformadora *ad hoc* de la provincia de Buenos Aires, se promovió un extenso debate en torno a la supresión de los derechos de exportación como recurso del Estado central y se decidió mantenerlos en forma provisoria sólo hasta 1866. Pero la experiencia durante el lapso que transcurrió hasta 1866 y la Guerra con Paraguay hicieron que en ese año se reformara nuevamente la Constitución y los derechos de exportación así como los de importación continuaron como impuestos nacionales hasta la fecha.

Con el objeto de reafirmar la igualdad económica entre las provincias el art. 67, inc. 1 (hoy 75, inc. 1), dispone que "los derechos de importación y exportación... así como las valuaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación". No obstante, la cláusula del inc. 19 del art. 75 en cuanto habilita al Congreso para "*promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones*", permite que la ley establezca regímenes aduaneros diferenciales.

9. Creación de regiones.

Los modelos regionales ofrecen una alternativa para el progreso de las provincias. La doctrina coincide en relacionar a la región con el desarrollo, que es un concepto integral. Esta relación entre región y desarrollo marca una clara diferencia entre la región como instrumento de promoción, compatible con nuestra fórmula federal y la región como presupuesto del Estado regional que constituye una forma de Estado distinta del federalismo y ajena a nuestro sistema. En el año 1966 se puso en práctica un intento de regionalización instituido por la ley de facto 16.964 y su modificatoria, 19.276, que tuvo vigencia práctica en tres regiones: la del Nordeste (NEA), la del noroeste (NOA) y la del Comahue (Río Negro, Neuquén, La Pampa). Estas regiones tienen aún operatividad y cumplen una función de integración regional para el desarrollo.

La Constitución, a partir de la reforma de 1994, reconoce expresamente a las provincias competencia para "crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines..." (art. 124, primera parte). Es decir que no existe en puridad una institucionalización de las regiones, sino simplemente una autorización expresa para

que mediante leyes-convenio locales o tratados parciales se institucionalice una coordinación interprovincial. No cambia la naturaleza jurídica del Estado federal, dado que no modifica sus autonomías y autarquías políticas sino que posibilita la incorporación de nuevas estructuras cuyos fines son de tipo económico. Como consecuencia de esta habilitación, el art. 124 autoriza a las provincias para establecer los órganos conjuntos necesarios para cumplir los fines de la institución creada.

10. Convenios internacionales e interprovinciales.

La Constitución Nacional tiene, después de la reforma de 1994, dos normas que se refieren a la competencia de las provincias para celebrar convenios interjurisdiccionales. Por una parte, el art. 124, que las habilita expresamente para *celebrar convenios internacionales con conocimiento del Congreso nacional* y, por otra, el art. 125 (antes, 107) que en este punto no ha tenido reformas.

El art. 124 establece tres condiciones que deben cumplir los convenios internacionales:

a) *Que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación.* Este requisito deriva de la característica básica del sistema federal, que encomienda a la Nación el manejo de las relaciones exteriores, y había sido advertido por parte de la doctrina con anterioridad a la reforma (Bidart Campos, Quiroga Lavié);

b) *No afecten las facultades delegadas al gobierno federal.* Obviamente, las provincias no pueden exceder las competencias que les son propias, es decir, aquellas delegadas, y

c) *No afecten el crédito público de la Nación.* Esto implica que de ninguna manera pueden responsabilizar al Estado federal por las obligaciones contraídas.

Desde nuestro punto de vista, el hecho de que las provincias estén expresamente habilitadas por la Constitución para formalizar tratados y que éstos *no afecten el crédito público de la Nación* concluye, en nuestro sistema, con la polémica acerca de si las provincias son sujetos de derecho internacional. En efecto, a pesar de que los tratados deben tener conocimiento del Congreso —como veremos luego—, obligan a las provincias, en tanto hayan actuado dentro de los límites de sus competencias, es decir, mientras no *afecten las facultades delegadas y no sean incompatibles con la política exterior de la Nación.*

A su vez, el art. 125 dispone: “*Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso federal...*”.

Tanto Quiroga Lavié (*Derecho Constitucional*, p. 724) como Bidart Campos (*Tratado Elemental*, t. 1, p. 163) sostenían aún antes de la reforma que esta cláusula habilitaba a las provincias para concluir tratados internacionales. De hecho, las provincias habían ejercido esta facultad.

Este artículo, desde luego, habilita a las provincias para celebrar tratados interprovinciales. Pedro Frías los define diciendo que son “todo acuerdo en que dos o más provincias regulan intereses comunes, con conocimiento del Congreso federal” (p. 103). Éstos constituyen quizás el instrumento más idóneo para el desarrollo armónico de las economías provinciales. Compartimos el criterio de Castorina de Tarquini (p. 225) en el sentido de que en ninguno de estos casos los tratados podrían ir en contra de las disposiciones de las constituciones provinciales. No obstante, es preciso tener en cuenta que en lo que se refiere a la responsabilidad internacional no podrán alegarse normas del derecho interno para justificar el incumplimiento de los tratados, dado que el principio básico del sistema es la regla *pacta sunt servanda*.

Los acuerdos internacionales e interprovinciales deben realizarse con *conocimiento* del Congreso federal (arts. 124 y 125). La doctrina no coincide acerca de si este conocimiento implica aprobación. La práctica ha hecho que las provincias no requieran la aprobación y se limiten a remitir el convenio a la presidencia del Senado para que ordene su publicación. El conocimiento por parte del Congreso implica la posibilidad de que éste se dedique al tema, y apruebe o niegue expresamente el convenio. Conforme al texto del nuevo art. 124, que fija un marco para los convenios que celebren las provincias, creemos que es una obligación del Congreso pronunciarse acerca de si los convenios cumplen con las condiciones establecidas en la Constitución; fuera de estos casos no tiene competencia para rechazar los convenios internacionales firmados por las provincias.

11. Intervención federal.

a) Conceptos preliminares.

Como hemos visto, la Constitución, en su art. 5, determina los presupuestos sobre los cuales cada provincia debe dictar su Constitución. En su última parte, la norma establece que *"bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones"*. La garantía, que constituye una obligación del gobierno federal, es una consecuencia lógica de la forma de Estado adoptada. Al unirse las provincias para formar un Estado federal delegan ciertas atribuciones, y como consecuencia se forma una nueva autoridad. Ésta debe, por una parte, otorgar las seguridades necesarias para que los entes federados puedan mantener la integridad de su territorio y el goce y ejercicio de sus instituciones y, por la otra, hacer cumplir los principios básicos fijados por la Carta Federal.

A pesar de que han existido numerosos intentos de reglamentar la institución por ley, ésta nunca ha sido sancionada. En 1869 el Congreso sancionó dos leyes al respecto, que fueron vetadas por el presidente Sarmiento.

Creemos conveniente recordar, antes de entrar en el desarrollo de cada uno de los casos y como marco general de referencia, que la institución tiene como fuente mediata el art. IV, Sección 4ª, de la Constitución de Estados Unidos, que dispone:

"Los Estados Unidos garantizarán a cada Estado de esta Unión una forma republicana de gobierno y le protegerán de toda invasión, y cuando lo solicitare la Legislatura o el Ejecutivo (si no se pudiere convocar a la Legislatura), le protegerán también contra toda violencia interna". En este artículo están los tres casos que describe nuestra Constitución.

La Constitución de 1853 contenía un texto abierto, que establecía: "El gobierno interviene con requisición de las legislaturas o gobernadores provinciales, *o sin ella* en el territorio de cualquiera de las provincias, al solo efecto de restablecer el orden público perturbado por la sedición, o de atender a la seguridad nacional amenazada por un ataque o peligro exterior". Esta redacción fue objeto de agudas críticas en el seno de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución que observó que "la vaguedad de los términos daba a este artículo ancho campo al arbitrio de la injerencia del gobierno nacional en la administración y gobierno de las provincias"

(Ravnignani, *Asambleas...*, t. IV, p. 775). La observación se refería a la atribución de intervenir “sin requisición”. La Convención de 1860 aprobó en consecuencia una redacción que supuso que acotaría los casos previstos en 1853:

“El gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas si hubiesen sido depuestas por la sedición”. No obstante, al incluir la intervención “para garantizar la forma republicana” —que estaba en el texto de Estados Unidos—, introdujo una causal abierta que ha sido la que ha invocado en la generalidad de los casos el gobierno nacional para avasallar las autonomías provinciales.

b) Causas y casos.

El gobierno federal interviene, por tanto, en el territorio de las provincias con los tres objetivos señalados en el art. 6:

a) garantizar la forma republicana de gobierno;

b) repeler invasiones exteriores;

c) sostener a las autoridades provinciales o restablecerlas en sus cargos si hubiesen sido depuestas por la sedición o invasión de otras provincias.

a) *Forma republicana de gobierno*: implica la facultad del gobierno federal de intervenir por propia iniciativa, es decir, sin requisición de las autoridades provinciales. En la discusión de la reforma de 1860 fue denominada intervención *repressiva*.

El proyecto de Constitución que Alberdi acompañó a la tercera edición de las *Bases...* no tenía esta garantía, ni tampoco el texto de 1853. Fue introducida, como dijimos, por la reforma de 1860. Implica la protección de los derechos y garantías individuales y colectivos que la forma republicana presupone y habilita, a diferencia de los otros casos, para sustituir en un todo o parcialmente a los poderes provinciales. Esta causa es la que ha sido alegada la mayor cantidad de veces para justificar la intervención. Recordamos que la Corte Suprema de Justicia, desde el caso “Cullen c/Llerena” (“Fallos”, 53:427, 1893), ha declarado invariablemente que el Poder Judicial debe abstenerse de conocer si en los hechos existe la subversión de la forma republicana de gobierno alegada por los poderes políticos para fundar la intervención federal.

A diferencia de los demás casos, tiene por objeto sustituir a las autoridades provinciales. Por tanto, puede ser una interven-

ción a los tres poderes o a alguno de ellos. Si la intervención es al Ejecutivo provincial, el Poder Ejecutivo designa un interventor. Si es al Poder Legislativo, ordena la clausura de la Legislatura provincial, y el cese de los mandatos de los legisladores, y si es al Judicial, pone a los miembros de este poder en comisión, es decir que los priva de la inamovilidad que, en general, consagran las constituciones provinciales.

b) *Repeler invasiones*: en este caso, el gobierno federal procede también sin requisitoria, ya que está en juego la integridad territorial de la República. La intervención se hace con o sin requerimiento del gobierno de la provincia. También puede ser dispuesta en los casos de invasión inminente, aunque aún no se hubiera producido.

c) *Intervención a requisición*: la intervención a requisición de las autoridades locales puede ser dispuesta para:
sostener a las autoridades provinciales o
restablecerlas en sus cargos si hubiesen sido depuestas por la sedición o invasión de otras provincias.

Creemos que en el primer caso se trata de autoridades que están amenazadas con ser depuestas. Es decir que en este supuesto las autoridades provinciales constituidas son las que hacen la requisitoria. Existe un peligro inminente.

En el segundo caso se trata de autoridades que ya han sido depuestas. Puede ser que esto se haya originado por:
invasión de otra provincia o
sedición

El requerimiento señala la insuficiencia de los medios provinciales para sostener a las autoridades e implica una ratificación del principio según el cual los poderes federales deben apoyar a las autoridades legítimamente constituidas. Es preciso advertir que el concepto constitucional de sedición no necesariamente coincide con el del derecho penal. En éste se requiere un alzamiento armado, mientras que desde el punto de vista constitucional toda violencia interna puede constituir una sedición.

En nuestro sistema, debe entenderse por *autoridad constituida* a los tres poderes del Estado, aunque normalmente la deposición se perpetra o intenta, en primera instancia, contra el titular del Poder Ejecutivo, o sea, contra el gobernador. Es el derecho local el que determina cuál de los poderes puede solicitar la intervención.

Finalmente, es necesario distinguir entre los casos que la Constitución denomina sedición o invasión y los conflictos que

pueden ocurrir entre los poderes locales. Estas cuestiones deben ser dirimidas conforme a las previsiones de la Constitución provincial. Éste es el sentido de la reforma constitucional de 1860, que —recordamos— eliminó de las atribuciones del Poder Judicial federal la de dirimir en “los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia”.

c) Órgano competente.

El art. 75, inc. 31, introducido por la reforma de 1994, incluye entre las competencias del Congreso las de “disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires” y “aprobar la intervención decretada durante su receso, por el Poder Ejecutivo”. Los términos son inequívocos y no meritan mayores explicaciones. La delimitación explícita de la competencia no estaba, reiteramos, en el texto de 1853/60.

A su vez, el art. 99, inc. 20, también incorporado en 1994, indica que el Poder Ejecutivo “decreta la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires, y *debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento*”.

Es decir que el mismo decreto que dispone —durante el receso del Congreso— la intervención a uno o más poderes provinciales debe convocarlo a sesiones extraordinarias fijando como punto de convocatoria la decisión acerca de la intervención decretada. El Congreso puede revocar esta intervención. Las consecuencias y responsabilidades que se generen a raíz de la revocatoria deben ser establecidas por la propia ley que la disponga. Ésta, desde luego, debe respetar las relaciones jurídicas nacidas con motivo de las decisiones de la intervención, o sea, los derechos definitivamente incorporados.

Existe una grave omisión, dado que la Constitución no prevé que el Ejecutivo no podrá vetar la ley que dispone la revocatoria. El ejercicio del veto implicaría la necesidad de insistencia con mayorías agravadas y la reapertura de la discusión.

Para finalizar, debe advertirse que la reforma constitucional autoriza la intervención federal a los poderes de la ciudad de Buenos Aires (art. 75, inc. 31).

d) El interventor federal.

Dijimos que cuando el Congreso o, en su caso, el presidente disponen la intervención al Poder Ejecutivo de la provincia; el

Poder Ejecutivo federal designa un interventor. Si bien éste puede asumir todos los poderes del gabinete de ministros, por lo general nombra su propio gabinete. El interventor es un delegado del presidente de la República y, por tanto, es un funcionario del gobierno federal.

Cuando se interviene el Poder Judicial (es decir que se pone en comisión a sus miembros, quienes pierden su estabilidad) el interventor puede remover a los jueces y designar a los que los reemplazarán conforme a lo que veremos en el apartado siguiente.

El interventor, desde luego, puede ser removido por el Poder Ejecutivo nacional. Cuando haya concluido su desempeño, por cese o por cumplimiento del plazo o del cometido para el que fue designado, deberá rendir cuentas de su acción al presidente.

Desde fines del siglo pasado la Corte Suprema de Justicia intentó delinear los límites de las atribuciones de estos funcionarios. Estimo útil recordar que el verbo *intervenir* tiene su raíz etimológica en los vocablos latinos *inter* y *venire*. Es decir, “venir entre”. El diccionario de la Real Academia define: “Tomar parte de un asunto.// Interponer uno su autoridad.// Mediar”.

De la discusión en la Convención Reformadora de 1860 se desprende que la interpretación originaria fue que la intervención del gobierno federal no tenía por objeto suplantar a los gobernantes provinciales. Aquél se limitaba a tomar parte en un conflicto o problema que los poderes provinciales no podían resolver. La caducidad de las autoridades provinciales surgió posteriormente.

Juan Vicente Solá (págs. 128 y sigts.) transcribe los decretos que dispusieron las primeras intervenciones, de los que se desprende que por ese medio *se comisionaba* a un funcionario para representar al gobierno federal con el fin de restablecer la paz pública; y se facultaba a las autoridades de provincia para utilizar las atribuciones conferidas por el estado de sitio. El gobierno federal —reitero— no reemplazaba al gobernador ni lo removía. Esta interpretación prevaleció durante el lapso de la actividad política de los constituyentes, es decir, durante las tres primeras décadas de la organización. Ello en virtud de que la remoción no estaba expresamente prevista en la Constitución.

La primera intervención con desplazamiento del gobernador fue en 1880 en la Provincia de Buenos Aires donde el interventor, el general José María Bustillo, llamó de inmediato a elecciones para legisladores provinciales, hecho lo cual puso en posesión del

mando al vicepresidente del Senado provincial Dr. Juan José Romero.

e) Precisiones de la doctrina.

La modificación de los principios básicos que ocurrió con posterioridad fue advertida por Rafael Bielsa, quien —refiriéndose a la situación durante la década de 1940— hizo la siguiente descripción: "...en la práctica de los últimos años se ha experimentado una verdadera deformación del principio constitucional", agregando que "las degradaciones sucesivas y la mala política partidaria, ya animada de pasión o movida por exigencias de otro orden, han determinado el propósito de convertir, aunque sea transitoriamente, la administración de la provincia intervenida en botín de guerra del partido vencedor o dominante en el orden nacional, el cual, por virtud del principio federal, puede ser distinto y hasta antagónico respecto del partido que ha logrado el gobierno de la provincia intervenida" (*Estudios de Derecho Público*, t. III, pág. 171).

En consecuencia, diseñó los límites de las facultades del interventor federal de la siguiente manera:

a) "Una intervención no implica fatalmente una *sustitución* de los poderes que emanan de la autonomía; tampoco implica una *disminución* de los derechos públicos de las entidades y de los ciudadanos; es solamente una medida para *restablecer* el orden jurídico y político o sólo para *mantenerlo*. Ese orden jurídico-político no puede ser modificado ni en la legislación ni en la práctica administrativa".

b) "El interventor desempeña una función en cierto modo circunstancial; sus poderes *son transitorios y circunscriptos a los actos que motivan la intervención misma*. Éste es el fin de la intervención".

c) "Las autoridades esencialmente administrativas designadas de acuerdo con las leyes deben quedar en sus cargos. Ningún principio constitucional ni razón jurídica se opone a ello, por el contrario".

d) "Apenas si es necesario decir que el interventor no puede establecer una norma legal en sentido formal, porque no es legislador local".

Define su criterio acerca de la naturaleza de la intervención con los siguientes conceptos "...los interventores son delegados de otra autoridad; permitir que ellos celebren contratos (en forma de

empréstitos, por ejemplo) que obliguen a los habitantes de la provincia o les limite alguna actividad (por monopolios o privilegios) implicaría (además de un posible oportunismo) nuevas limitaciones no consentidas por los ciudadanos que concurren a formar —activa o pasivamente— el gobierno provincial o local”.

Más abajo desliza el siguiente interrogante: “¿Podrá un interventor contratar un empréstito que resulte oneroso o inconveniente, otorgar una concesión de servicios públicos con exclusividad por varios años? Se arguye que puede hacerlo en algún caso. Pero si puede hacerlo en un caso, puede hacerlo en varios. Y siendo ello así, ¿no dejaría trabada, por este medio, la acción legislativa y la administrativa de la provincia, mejor dicho, de sus poderes normales al restablecerse éstos?”.

”Por lo demás, ¿no sería ello extraño al objeto de su misión?”.

Más adelante, el distinguido jurista resume su pensamiento de la siguiente forma:

“La intervención del Gobierno Nacional dentro del sistema federal debe ajustarse a principios esenciales de ese sistema y entre ellos el de la autonomía provincial. De este principio se deduce una primera regla y es ésta: que la extensión de los poderes de un interventor es de interpretación *restrictiva*”.

“Sería monstruoso —concluye— que un interventor pudiera dictar válidamente normas legales, ejercer una potestad privativa de los representantes del pueblo de la provincia; que pudiera crear impuestos y otorgar concesiones con privilegio y celebrar contratos que importaran enajenar por varios años la libertad de contratar de las autoridades locales”.

Joaquín V. González —uno de los primeros comentaristas de la Constitución, que había tenido experiencia concreta en su interpretación como presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado— subraya que la intervención sin requisición de las autoridades provinciales (que denomina de derecho) “se halla en todos los casos limitada por sus fines «garantir la forma republicana de gobierno»”. Advierte que “ese funcionario no representa a la provincia, ni se identifica con su gobierno, porque no hace sino ejercer poderes nacionales expresos y transitorios de garantía y reconstrucción del régimen local alterado o subvertido”. Recuerda que de acuerdo con lo que había definido la Corte Suprema de Justicia en el caso “Sarmiento” (“Fallos”, 54-550) “una provincia no puede ser demandada ante el Tribunal por actos realizados en ella por un interventor de la Nación, porque éste no la representa ni ejerce poder alguno provincial” (*Manual...*, pág. 714).

Juan A. González Calderón desarrolló el tema bajo el epígrafe: *El interventor federal no representa a la provincia*. Adelanta entonces su posición acerca de las atribuciones del interventor:

a) "Siendo la intervención un acto del poder federal, el funcionario que lo ejecuta es su representante directo cuyo mandato no emana de manera alguna de la provincia donde se realiza".

b) "No tiene el origen ni las características que distinguen a las autoridades y poderes provinciales".

c) "No recibe investidura alguna del pueblo de la provincia para gobernarla y administrarla en la forma en que pueden hacerlo los mandatarios de ella regularmente elegidos" (*Tratado...*, t. III, págs. 571 y sigts.).

f) La jurisprudencia de la Corte Suprema.

Cuando estudiamos las decisiones de la Corte debemos distinguir dos períodos. En el primero, el tribunal interpreta las atribuciones de los interventores designados por los gobiernos *de jure*. La intervención tiene como objetivo el de "garantir la forma republicana de gobierno" (art. 6), es decir, asegurar la pronta normalización y pleno funcionamiento de los poderes provinciales. En el caso de los interventores designados por los gobiernos de facto su fundamento no es la garantía del art. 6 y el restablecimiento de la autonomía provincial, sino el cumplimiento de los fines del gobierno de hecho, que la Corte en el caso "Baldomero Martínez" ("Fallos", 2:142-1865) denominó "el derecho de la revolución triunfante".

La Corte desde 1893 consideró los límites de los poderes normativos de los interventores federales a la luz de lo dispuesto por el art. 6 de la Constitución.

En un primer momento, en el caso "Sarmiento c/Provincia de Buenos Aires" ("Fallos", 54:550-1893), que hemos citado, estableció una tesis estricta en la cual negó al interventor aun atribuciones para representar en juicio a la provincia.

El procurador general de la Nación en su dictamen desarrolló la siguiente argumentación:

"La Constitución Nacional en su art. 6 atribuye al gobierno federal la facultad de intervenir en el territorio de las provincias y refiere esa intervención a propósitos esencialmente políticos...".

Insistiendo más adelante:

"La intervención corresponde en la división de poderes al gobierno federal y a objetos de carácter político... el interventor

nacional no ejerce competencia autorizada por la provincia, sino la nacional a nombre y por autorización del gobierno federal, limitada a los objetos de la intervención autorizada por la Constitución y por la ley del Congreso". Y más adelante aclara: "el interventor nacional procede como autoridad nacional, en virtud de una delegación de facultades limitadas en la Constitución y en la ley..."

De este dictamen podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) la intervención tiene propósitos y objetos esencialmente políticos;

b) el interventor no tiene competencias autorizadas por las leyes provinciales, sino únicamente las que le otorga la ley nacional a nombre y por delegación del gobierno nacional, limitada a los objetos de la intervención decidida por la ley del Congreso y limitadas a aquellas necesarias para "garantir la forma republicana".

El voto de la mayoría de la Corte en este caso aclaró dichos principios:

"El interventor nacional ... no tiene ninguno de los caracteres que dentro de las instituciones locales tienen y deben tener *los funcionarios encargados de representar a las provincias...*" (bastardilla en el original).

"Ese interventor es sólo un representante directo del presidente de la República, que obra en una función nacional, en representación de él, al efecto de cumplir una ley del Congreso, sujetándose a las instrucciones que de él reciba. Su nombramiento no toma origen en disposición alguna provincial y sus actos no están sujetos ni a las responsabilidades ni a las acciones que las leyes locales establecen respecto de sus propios gobernantes, sino a aquellas que el poder nacional en cuyo nombre funciona, le impongan".

"El Poder Ejecutivo de la Nación al mandar cumplir la ley que ordenó la intervención en Buenos Aires ha dado también ese carácter al interventor, declarando en dos de los considerandos del decreto del 20 de septiembre de 1893, referente a ella: que la sancionada para la provincia de Buenos Aires se propone la organización de los poderes públicos y que los interventores son meros agentes del gobierno federal, a cuyas instrucciones deben ajustar su conducta y el desenvolvimiento de la intervención".

La Corte concluye con una aseveración fundamental:

"Resulta de estos principios que, cualquiera que fuese la extensión de facultades que el presidente acordase al interventor

que le representa en la provincia de Buenos Aires, ellas serían siempre ejercidas en nombre y por autoridad del gobierno federal y no en nombre de la provincia de Buenos Aires”.

Es inequívoco, por tanto, que la decisión limitaba el objetivo a la reorganización de los poderes provinciales y se imputaba al gobierno federal la responsabilidad que puedan generar los actos del interventor.

En el caso “María Félix de Anvaria c/Provincia de Buenos Aires” (“Fallos”, 127:91-1918), la Corte Suprema reiteró el criterio anterior aunque reconoció las facultades del interventor para representar a la provincia en juicio:

a) “El hecho de que los interventores no sean funcionarios legales de las provincias, en cuanto a que su designación emana del gobierno nacional, y sus atribuciones como sus responsabilidades se relacionan con el poder que representan y no con los poderes locales, sólo implica que la función activa de dichos agentes federales no puede extenderse más allá de los límites que les asigna la Constitución y la ley...”.

b) “Las medidas meramente conservatorias ejercidas con un criterio limitado no están pues en pugna con la misión que el poder federal ejerce por medio de los interventores, cuando éstos se circunscriben a representar a la provincia en el caso de ser demandada por hechos producidos por los representantes legítimos de las mismas”.

La diferencia entre este caso y el anterior radica en que en el primero se había demandado a la provincia como consecuencia de actos realizados por el interventor y se pretendió notificarlo de la acción. En el segundo se trataba —así surge de la sentencia— de actos anteriores a la intervención. Consideró la Corte que la representación de la provincia estaba dentro del marco de aquellas funciones propias de la administración.

Esta doctrina se reiteró en “Laborde c/Provincia de Mendoza” (“Fallos”, 143:11-1925).

En el caso “Germán Puebla c/Provincia de Mendoza” (“Fallos”, 156:126-1929) el tribunal expresó con claridad que “las intervenciones no se han instituido para cercenar derechos de los habitantes de las provincias sino para garantizarlos plenamente en su ejercicio...”. Si el interventor se arroga funciones legislativas está “cercenando derechos del pueblo”. La aserción resultaba inequívoca. El principio básico que justifica la intervención federal es el de “garantir la forma republicana”. Cuando la intervención dispone la caducidad de los mandatos de los legisladores lo hace

exclusivamente con ese objeto. No para que el interventor federal legisle en su reemplazo, sino para que el Legislativo no interfiera en la normalización de los poderes provinciales.

g) Los comisionados o interventores designados por los gobiernos de facto.

Con posterioridad, la jurisprudencia de la Corte tuvo oscilaciones, dado que comenzaron las intervenciones dispuestas por los gobiernos de facto. En las primeras sentencias la interpretación fue restrictiva. Se fue ampliando a medida que la Corte modificó su criterio respecto de los poderes de las administraciones militares.

Es claro que en estos casos el fundamento de la intervención no es el del art. 6 sino la necesidad de cumplir los fines del gobierno militar que había destituido a los poderes previstos en la Constitución y asumido sus facultades.

El caso "Constantini" ("Fallos", 161:253-1931) se refiere a una intervención dispuesta por el gobierno surgido del golpe del 6 de septiembre de 1930. La sentencia, que tiene fecha 21 de julio de 1931, estableció:

"Que el hecho de que la provincia demandada se encuentre intervenida por el gobierno federal no puede constituir bajo concepto alguno, un caso de fuerza mayor susceptible de influir sobre la eficacia de los contratos celebrados por la misma, ni un obstáculo al cumplimiento de las obligaciones emergentes de dichos contratos, por tratarse de una situación legal y política prevista por la Constitución Nacional".

"Que la circunstancia de que por aplicación de la ley de intervención se haya puesto en vigor un presupuesto que no ha previsto las erogaciones a que obliga el cumplimiento del contrato en que se funda la demanda, no puede oponerse a ésta".

Es decir que por una parte la Corte reconoció la validez de los contratos y por la otra dispuso que la circunstancia de que en el presupuesto no se hubieran previsto las erogaciones que ello implicaba no podía fundar un obstáculo para su cumplimiento. El tribunal recordó el principio acuñado en "Germán Puebla": "Las intervenciones no se han instituido para cercenar derechos de los habitantes de las provincias, sino para garantizar su ejercicio". Pero añadió: "no causan cesantía en la personería jurídica de los Estados que son de existencia necesaria, ni producen moratorias no sancionadas expresamente por la ley ni interrumpen la vida administrativa".

En la sentencia recaída en autos “La Superiora c/Provincia de Mendoza” (“Fallos”, 174:225-1935), la Corte reconoció la validez de un impuesto sancionado por la intervención dado que aquél había sido ratificado posteriormente por una ley de la legislatura *de jure* de la provincia.

Inversamente, en el caso “Gutiérrez c/Provincia de San Juan” (“Fallos”, 180:384-1938) declaró la invalidez de un impuesto establecido por la intervención porque éste no había sido ratificado por la legislatura *de jure*. Esta jurisprudencia era coherente con la doctrina señalada por la Corte en el clásico caso “Administración de Impuestos Internos c/Malmonge Nebreda” (“Fallos”, 169:309-1933) donde el Tribunal advirtió que “el presidente de la Nación que asumió la dirección del país y que se llamó provisional tuvo los mismos poderes que el presidente legal ... de ahí se desprende que ese gobierno tuvo las facultades ejecutivas *mas no las legislativas y judiciales*”, añadiendo que “si la fuerza de la necesidad hace que al funcionario de hecho se le reconozcan las mismas facultades que al de derecho, nada justifica que se le atribuyan mayores. Ello importaría dejar librado al albedrío de un solo hombre los más delicados intereses del Estado y el respeto por las garantías individuales...”.

El caso “Martín y Cía. c/José Erazo” (CS, setiembre 19-947, “Fallos”, 208:497-1947) fue decidido con la nueva integración que tuvo la Corte después del juicio político que finalizó ese año.

El Tribunal amplió su interpretación acerca de las facultades de los interventores federales de acuerdo con la jurisprudencia sobre las atribuciones de los gobiernos de facto que había diseñado en el clásico caso “Arlandini” (CS, agosto 22-947, “Fallos”, 208:187). Decidió que “si el acto legislativo del interventor recae sobre materia para cuya legislación fue facultado por la autoridad de hecho nacional de la que es delegado, o fue objeto de aprobación por parte de esta última, el acto tiene el mismo valor formal que una ley provincial”.

En ese sentido, como expresa la sentencia, el gobierno de facto provincial tiene las mismas facultades que el gobierno de facto nacional. Su sustento son los fines impuestos por el gobierno de hecho.

Esta jurisprudencia debe conjugarse con lo decidido en autos “Giménez c/Antonio” (“Fallos”, 236:100-1956), que trató de un interventor designado por el gobierno militar. En este caso la doctrina de la Corte fue que “las facultades de los interventores no pueden dilucidarse judicialmente en abstracto, sin referencia a los términos de su comisión”.

Con posterioridad, con fundamento en este presupuesto, la Corte comenzó a establecer que no correspondía la competencia federal en los casos en que se alegaba la nulidad de hechos, actos o normas emanadas de los interventores federales. El Tribunal sostuvo que ellos no perdían “su calidad de locales por el hecho de haber sido expedidos por un funcionario nacional como lo es el interventor federal” (“Fallos”, 238:403-1957; 239:244-1957; 244:76-1959).

En concordancia, la Corte manifestó que el decreto por el cual se declaran intervenidas las comunas provinciales no pierde su carácter local por el hecho de haber sido dispuesta por un funcionario nacional como lo es el interventor federal. En consecuencia, no corresponde a la Corte Suprema conocer en las cuestiones que se plantean vinculadas con la supuesta invalidez de la norma (“Fallos”, 248:241-1960).

El marco jurisprudencial que reseñamos indica que es necesario distinguir entre las atribuciones reconocidas a los interventores federales designados en la forma prevista en la Constitución y las de los interventores federales *de facto*. El desempeño de los primeros tiene por objeto “garantir la forma republicana de gobierno” y reconstituir a la brevedad los poderes provinciales. Los segundos tienen su marco en los fines “de la revolución triunfante”.

La institución de la intervención federal no ha sido, en sustancia, modificada por la Reforma de 1994. Advertimos, no obstante, que la reforma ha introducido un nuevo artículo en la Constitución, el 36, que establece la nulidad de todas las normas que emanen de actos de fuerza contra el orden institucional. En consecuencia, parecería que el Tribunal, para preservar los principios básicos del sistema, debe descartar los antecedentes fundados sobre esos presupuestos y retomar la jurisprudencia clásica que fue soslayada a partir del momento en que se produjo la primera quiebra del orden constitucional.

h) La intervención federal al Poder Judicial.

De la reseña que hace Juan Vicente Solá (ps. 127 y ss.) surge que la práctica de la intervención federal al Poder Judicial es relativamente reciente y que la podemos definir como una medida excepcional. La primera intervención fue la de San Juan en 1922, a la que le siguieron la de Mendoza en 1926, la de Santa Fe en 1935, las de Córdoba en 1947, 1954 y 1960, las de Catamarca, La Rioja y Santiago del Estero en 1948, la de Salta en 1951 y la de

Buenos Aires en 1952. Desde la reinstauración de la República en 1983, el Poder Judicial fue intervenido en Catamarca en 1992 y en Santiago del Estero en 1994.

Debemos subrayar que las intervenciones en las provincias de Buenos Aires en 1952, de Salta en 1951 y de Córdoba en 1954 fueron exclusivamente al Poder Judicial.

La doctrina es unánime al criticar la intervención federal al Poder Judicial (Vanossi, Bidart Campos, Linares Quintana). Toda intervención al Poder Judicial de una provincia es constitucionalmente errónea, ya que reemplaza una forma de designar magistrados establecida en las constituciones provinciales. La obligación del gobierno federal es asegurar la administración de justicia en las provincias, pero la función de designar a los magistrados judiciales es privativa de ellas, así como la de removerlos si no son idóneos. El Poder Judicial constituye una unidad, y es tan disvaliosa la actitud del gobierno federal que pretende remover algunos jueces y ratificar a otros como lo sería la de remover parcialmente a algunos miembros de la legislatura y disponer que otros continúen en su mandato (ver Solá, p. 206).

Debemos recordar asimismo que la Constitución, después de la reforma de 1860, fue especialmente cuidadosa en subrayar que es privativo de los jueces provinciales la interpretación de todo el derecho que no sea federal, excluyendo en forma expresa en este ámbito la intervención de la Nación. Con tal objeto, introdujo en el art. 67, inc. 11 (hoy 75, inc. 12), la reserva de que la aplicación de los códigos de fondo correspondía a los jueces locales cuando las cosas o las personas recayeran sobre su jurisdicción y excluyó de la competencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento de “los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia”. Para subrayar estos mismos principios, se excluyó del juicio político a los gobernadores, dado que los juicios de responsabilidad que tramitan en las provincias —que constituyen una aplicación del derecho local— deben concluir en la esfera provincial. Creemos de interés recordar al respecto los conceptos de la Comisión examinadora de la Constitución Federal de 1853: “...basta la Constitución particular de cada Estado que es independiente en su territorio, sin necesidad de traer a un poder nacional para que venga a resolver cuestiones que no pueden conocer y que no nacen de las leyes nacionales” (Ravignani, *Asambleas...* t. IV, p. 986).

Si bien en la práctica se han convalidado las intervenciones del gobierno federal en el Poder Judicial de las provincias,

pensamos que ellas tienen una fuerte presunción de inconstitucionalidad, en cuanto impiden que los jueces que lo integran apliquen el derecho no federal con prescindencia de los criterios que fije el gobierno nacional.

12. Régimen municipal.

Como bien lo recuerda Joaquín V. González, el gobierno municipal es la administración de aquellas materias que conciernen únicamente a los habitantes de un distrito o lugar particular, se relaciona con la vecindad. “La idea fundamental de toda corporación municipal es la de cuerpos políticos colectivos establecidos por la ley para atender principalmente a regir y administrar los asuntos locales e internos de la ciudad, villa o distrito” (*Manual...*, n^{os} 675 y 676). La Corte Suprema, en atención a lo dispuesto por el art. 5, reafirmó desde sus primeros fallos la independencia de las provincias frente a los poderes de la Nación para decidir lo relacionado con el derecho municipal, que entendió de competencia exclusiva del ordenamiento provincial (“García, Doroteo c/Provincia de Santa Fe”, “Fallos”, 9:277, 1870). Hasta 1957, el tribunal también sostuvo el criterio de que los municipios eran entidades exclusivamente autárquicas (“Municipalidad de La Plata c/Ferrocarril Sud”, “Fallos”, 114:282, 1911). Pero, a partir de 1957, con la sanción de nuevas constituciones provinciales, en el derecho público provincial se abrió un camino tendiente a configurar a los municipios con un carácter autónomo (al menos, a los de categorías superiores). Es preciso advertir aquí que la autonomía y la autarquía se refieren esencialmente a una distribución de competencias entre diferentes estamentos organizativos; en consecuencia, tanto dentro del concepto de autonomía como en el de autarquía existen diversas gradaciones cuyo alcance y contenido se determinan en cada caso concreto.

En 1989, la Corte Suprema revisó la doctrina que casi sin excepciones había desarrollado precedentemente, reconociendo que, aun cuando la autonomía municipal no está impuesta por el art. 5, no pueden desconocerse a los municipios las atribuciones necesarias para el desempeño de su cometido, dado que éstos son organismos de gobierno de carácter esencial (“Rivademar c/ Municipalidad de Rosario”, “L.L.”, 1989-C, p. 47).

Posteriormente, en el caso “Municipalidad de Rosario c/ Provincia de Santa Fe” (CS, junio 4-991, “L.L.”, 1992-A, p. 396),

la Corte afirmó: “La necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el art. 5 de la Constitución Nacional determina que las leyes provinciales no sólo deben imperativamente establecer los municipios *sino que no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido*. Si tales entes se encontrasen sujetos en estos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña —aunque se tratara de una provincial— ésta podría llegar a impedirles desarrollar su acción específica, mediante restricciones o imposiciones capaces de desarticular las bases de su organización funcional”.

La reforma de 1994 ha reconocido expresamente la autonomía municipal:

“Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5 *asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero*” (art. 123).

De este modo, cada provincia deberá reestructurar el ámbito de las competencias de sus municipios, teniendo en cuenta su dimensión, su población y sus recursos económicos y financieros. Las constituciones provinciales deberán reglar el alcance y contenido de aquéllas, sin olvidar, como lo ha afirmado la Corte, que no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido. El régimen municipal —recordó el tribunal en el caso “Swift c/Municipalidad de San Miguel de Tucumán” (“Fallos”, 249:99, 1961)— es cuestión propia del ordenamiento jurídico provincial.

13. Zonas de jurisdicción nacional.

La reforma de 1994, en el art. 75, inc. 30, ha aclarado el texto original de 1853 (art. 67, inc. 27), que había sufrido un tratamiento errático por parte de la jurisprudencia, a punto tal que Bidegain dice: “Es un caso único en los anales del alto tribunal, que ha impedido afirmar, en todo momento, con absoluta certeza, que la jurisprudencia vigente fuera definitiva” (*Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, t. III, p. 40). En lo esencial, la divergencia de la doctrina de la Corte se manifestó con relación al alcance de la *exclusividad* de la jurisdicción nacional en los lugares adquiridos en las provincias para instalar establecimientos de utilidad pública.

Este desarrollo jurisprudencial hizo que también la doctrina se dividiera al respecto. Finalmente, tampoco tuvo éxito el intento

de una reglamentación legal. En efecto, en 1969 se dictó la ley de facto 18.310 que, conforme a lo que se expresó en la nota que acompañó al Proyecto, tenía por objeto encontrar “una solución definitiva al problema que plantea el deslinde entre las jurisdicciones federal y provincial en los lugares adquiridos por la Nación y poner punto final a conflictos que se repiten en los distintos lugares que el estado federal ha adquirido en las provincias con fines de utilidad pública”. La ley fue declarada inconstitucional en los autos “De Luna Rosa c/International Air Catering” (“Fallos”, 281:407, 1971). A partir de entonces, parte de la doctrina advirtió que sólo la vía constitucional podía superar la inseguridad jurídica que implicaba la inexistencia de un deslinde claro de los poderes de la Nación y las provincias.

El art. 75, inc. 30, dispone, en lo pertinente, como facultad del Congreso:

“...dictar la legislación *necesaria* para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. *Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines*”.

Esta regla supera los inconvenientes que había advertido la doctrina en el art. 67, inc. 27. En efecto, se han perfeccionado aspectos de redacción, entre otros; se ha suprimido la enumeración de “fortalezas, arsenales, almacenes”; se ha sustituido el adjetivo “exclusivo” por “necesaria”, y se ha aclarado que la atribución legislativa se circunscribe al cumplimiento de los fines específicos, lo que impide que se reabra la incertidumbre jurisprudencial que señalamos. El último párrafo de la norma aclara que “*las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines*”.

Por tanto, a partir de la reforma los límites del Poder Legislativo federal sobre los establecimientos de utilidad nacional emplazados en el territorio de las provincias están dados, desde el punto de vista de su objeto, por el cumplimiento de los *fines específicos* y, en lo que se refiere a su amplitud, por la *necesidad* de la legislación.

14. Los actos públicos provinciales.

El art. 7 de la Constitución dispone: *“Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán”*.

En nuestro sistema, cada provincia tiene competencia para establecer su propio derecho interno, pero tal capacidad tiene las limitaciones propias de la forma federal, es decir, las que fijan las competencias delegadas en el Estado nacional y el respeto a las autonomías de las otras provincias.

El art. 7 reconoce los efectos extraterritoriales que se acuerdan a los actos públicos de cada una de ellas, los cuales “gozan de entera fe en las demás”.

Los actos públicos pueden emanar, desde luego, de cualquiera de los tres poderes previstos por los sistemas provinciales y, también, de las autoridades municipales.

a) Procedimientos judiciales.

El Congreso Federal, cumpliendo con las atribuciones conferidas en el último párrafo del art. 7, dictó el dec.-ley 14.983/57 —vigente en la actualidad—, que establece los requisitos de autenticación de los actos públicos y procedimientos judiciales. Sus primeros dos artículos diseñan los principios generales: *Art. 1:* “Serán tenidos por auténticos los actos y decretos de los poderes ejecutivos de cada provincia y los actos y leyes de sus respectivas legislaturas, siempre que se hayan publicado en la forma que cada una de dichas provincias hubiere adoptado para su promulgación y ejecución”. *Art. 2:* “Serán igualmente tenidos por auténticos los actos, procedimientos judiciales, sentencias y testimonios y demás documentos emanados de organismos provinciales, que se hallaren legalizados conforme a las reglamentaciones que dicte cada provincia”. Es decir que los documentos provinciales tienen plena validez en tanto estén legalizados de conformidad con las disposiciones del derecho provincial.

La Corte ha establecido con claridad el principio general que establece el art. 7, con las siguientes palabras: “por el art. 7 los redactores de la Constitución Nacional convirtiendo en norma de derecho político un principio de derecho internacional privado, declararon que los actos y procedimientos judiciales de una

provincia gozan de entera fe en las demás, dándole al Congreso la facultad de determinar por leyes generales cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos y los efectos legales que producirán... Interpretando tales leyes, esta Corte ha declarado que ellas no se refieren sólo a las formas extrínsecas de los actos. Ha dicho que el respeto debido a estas prescripciones de la ley y la Constitución exige que se les dé también los mismos efectos que hubieran de producir en la provincia de donde emanasen, porque lo contrario importaría admitir que los tribunales de otras provincias y los federales tienen facultad para variar los actos o procedimientos judiciales pasados ante otros tribunales competentes" (CS, octubre 22-923, "Soteras c/Banco El Hogar Argentino", "Fallos", 142:37).

15. Régimen de la ciudad de Buenos Aires.

a) Marco preliminar.

Debemos recordar que uno de los temas más graves de nuestra organización ha sido la cuestión de la Capital Federal y del puerto de Buenos Aires. El problema tuvo parcial solución con el Pacto de San José de Flores, que pudo suscribirse gracias a la mediación internacional. No obstante, después del Pacto se desencadenó nuevamente la guerra y la solución llegó recién en 1880. Los ecos de esa solución, criticada por hombres de ideologías tan dispares como Alsina y Alem, continuaron más allá de 1910. También es preciso recordar —esto ha quedado en un profundo marco de indefinición, tanto en la reforma como en la ley de garantías del estado nacional— que, como ya fuera advertido por Juan José Paso en el Congreso Constituyente de 1824/27, la definición de los recursos económicos y financieros es lo sustancial para definir el grado de autonomía de los entes que componen la Nación.

b) Las normas constitucionales.

El art. 129 de la Constitución, incluido por la reforma de 1994, establece las pautas generales del nuevo régimen jurídico-político de la ciudad de Buenos Aires.

La asignación de una nueva situación a la ciudad está contemplada no sólo en aquella norma sino también en otras dispersas en el texto, como la que derogó el inc. 3 del art. 86, que

disponía que el presidente “es el jefe inmediato y local de la Capital Federal”, y las que confieren a los órganos federales la atribución de disponer la intervención federal a la ciudad (arts. 75, inc. 31, y 99, inc. 20).

El art. 124, referente a la regionalización y a la competencia de las provincias para celebrar convenios internacionales, dispone que “*la ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto*”. Si bien no aclara cuál es el órgano competente para sancionar el régimen, parece que éste debe emanar del Estatuto Organizativo (art. 129) y de las provincias con las que se celebren convenios de regionalización.

El primer parámetro constitucional del art. 129, que está en el Título II de la Constitución, “Gobiernos de Provincia”, señala: “*La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo...*”.

Al estudiar el sistema municipal hemos visto que el concepto de autonomía se refiere esencialmente a un sistema de distribución de competencias en el que existen numerosas gradaciones intermedias. La Constitución se refiere a *gobierno autónomo*, que implica, en virtud de lo que precisa a continuación, “...facultades propias de *legislación y jurisdicción* y que su *jefe de gobierno* será elegido directamente por el pueblo de la ciudad”.

No obstante, mientras la ciudad de Buenos Aires continúe siendo la capital de la Nación, el Congreso ejercerá las atribuciones legislativas que conserva, conforme a la ley especial que garantiza los intereses del Estado nacional (cláusula transitoria séptima), dado que el tercer párrafo del art. 129 dispone: “*Una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación*”.

El Congreso de la Nación dictó, en noviembre de 1995, la ley 24.588, que diseña los límites de las facultades de legislación y jurisdicción que tendrá el gobierno de la ciudad, y las que mantendrá el Congreso.

Resulta, por tanto, que contrariamente a lo que ocurre con las provincias, que han conservado todos los poderes no delegados (art. 121), los órganos de la ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la República, tendrán poderes de legislación y jurisdicción asignados dentro de los límites que establezca el Congreso de la Nación.

El último párrafo del artículo señala:

“*En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires*”.

para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones”.

No advertimos cuál es el sentido de que se haya utilizado la expresión “estatuto organizativo”, que carece de raigambre en nuestro derecho público. En rigor, la utilización de la palabra “Constitución” no hubiera variado el marco que otorga la reforma de 1994 al *status* político-jurídico de la ciudad.

Se han dictado ya las normas básicas necesarias que se requieren para institucionalizar el nuevo régimen de la ciudad de Buenos Aires. En efecto:

a) El Congreso en noviembre de 1995 dictó, como recordamos, la ley 24.588, que garantiza los intereses del Estado Nacional en la ciudad de Buenos Aires mientras sea Capital de la República (B.O. 30/11/95).

b) El Congreso en diciembre de 1995 dictó la ley 24.620 convocando a elecciones para que los habitantes de Buenos Aires elijan los representantes que sancionarán el “Estatuto Organizativo”, el jefe y el vicejefe de Gobierno y los miembros del Poder Legislativo de la Ciudad (B.O. 4/1/96).

c) El 1 de octubre de 1996 la Asamblea de Representantes dictó la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

d) El 10 de diciembre de 1997 asumieron los miembros de la Legislatura de la Ciudad.

c) La ley de garantía de los intereses del Estado nacional.

El Congreso de la Nación ha sancionado la ley 24.588, que garantiza los intereses del Estado nacional en la ciudad de Buenos Aires. Sus lineamientos son los siguientes:

El art. 1 precisa: “La presente ley garantiza los intereses del Estado nacional en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la República, para asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del gobierno de la Nación”.

Desde mi punto de vista, indicaría con mayor claridad los propósitos de la ley que la última parte dispusiera “para asegurar el pleno ejercicio de los poderes *que atribuye la Constitución* al gobierno de la Nación”. Creo que éste es el fundamento de la ley: asegurar que el gobierno de la Nación no se vea impedido, con motivo de la autonomía de la ciudad en la cual residen sus autoridades, de ejercer los poderes o competencias que le atribuye la Constitución.

El art. 2 dispone que “la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la ciudad

de Buenos Aires y es titular de todos aquellos bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones". Es de suponer que este artículo ocasionará más dificultades que soluciones. Más allá de la ambigüedad de las palabras "derechos, poderes y atribuciones necesarias", hay un punto que es de importancia básica y es el que se refiere a los bienes que se transferirán a la ciudad de Buenos Aires y cuáles le pertenecen por derecho. La disposición del artículo siguiente es deficiente al respecto cuando señala: "Continuarán bajo jurisdicción federal todos los inmuebles sitios en la ciudad de Buenos Aires que sirvan de asiento a los poderes de la Nación, así como cualquier otro bien de propiedad de la Nación".

Esta primera parte no ha estado nunca en discusión: aquéllos son bienes del Estado federal. En cambio, es oscuro el párrafo "así como cualquier otro bien... afectado al uso o consumo del sector público nacional". El interrogante es cuáles bienes son afectados al uso o *consumo* del Estado nacional. Existe una grave indeterminación respecto de la propiedad de todas las estaciones finales de transporte de propiedad pública. Entre otras, el aeropuerto local.

El art. 4 reitera directivas establecidas en la Constitución: "El gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las instituciones locales que establezca el Estatuto Organizativo que se dicte al efecto. Su jefe de gobierno, sus legisladores y demás funcionarios serán elegidos o designados sin intervención del gobierno nacional". No obstante, como hemos visto, el Gobierno Federal decidió las fechas de las elecciones del Jefe de Gobierno, de los representantes que debían redactar la Constitución o Estatuto Orgánico y de los miembros de la Legislatura local.

Desde nuestro punto de vista, el art. 5 aborda dos problemas que deben ser considerados por separado: el de los derechos, bienes y obligaciones de la Municipalidad, y el de la continuidad de la normativa vigente.

El primer párrafo dispone: "La ciudad de Buenos Aires, será continuadora a todos sus efectos de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires". Este párrafo tiene la misma indeterminación que advertimos en el art. 3. Parecería que su sentido fuera que, además de todos los derechos y obligaciones, todos los bienes de propiedad de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires quedarán transferidos a la ciudad de Buenos Aires, desde la fecha de entrada en vigencia de su Estatuto orgánico. No obstante, esto no se expresa con claridad.

El segundo párrafo del artículo se refiere a la vigencia de las normas sancionadas por el Congreso de la Nación como órgano legislativo local de la Capital, y de las emanadas de las autoridades municipales: "La legislación nacional y municipal vigente en la ciudad de Buenos Aires a la fecha de entrada en vigencia del Estatuto Organizativo, al que se refiere el art. 129 de la Constitución Nacional, seguirá siendo aplicable, en tanto no sea derogada o modificada por las autoridades nacionales o municipales, según corresponda".

Es correcto el principio de que después de la sanción del Estatuto Organizativo toda la normativa continúe vigente mientras no sea derogada. Un principio básico de seguridad jurídica así lo exige. También es necesario tener en cuenta que el Congreso de la Nación puede ejercer atribuciones legislativas en la ciudad de Buenos Aires mientras sea capital de la Nación, en virtud de lo que establece la cláusula transitoria séptima de la Constitución. Pero constituye un error disponer que después de asumida la autonomía por la ciudad de Buenos Aires, sólo los órganos nacionales pueden derogar la normativa por ellos dictada. Una vez que existen autoridades locales constituidas no puede cercenarse su competencia para derogar o modificar la normativa local, sin perjuicio de que ella siga vigente hasta que los órganos locales no ejerzan esa competencia.

Dado que obviamente se trata de dos personas jurídicas distintas, la habilitación que confiere el art. 6 parece innecesaria y sobreaabundante: "El Estado nacional y la ciudad de Buenos Aires realizarán convenios relativos a la transferencia de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes".

El art. 7 da una solución correcta, en nuestra opinión, a uno de los problemas básicos de la extensión de la autonomía de la ciudad: la seguridad.

El párrafo 1° dispone: "El gobierno nacional seguirá ejerciendo, en la ciudad de Buenos Aires, su competencia en materia de seguridad y protección de las personas y bienes".

Esta directiva debe relacionarse con el último párrafo que restringe el concepto de autonomía en cuanto prohíbe a la ciudad "crear organismos de seguridad sin autorización del Congreso de la Nación". Mientras la ciudad sea la capital de la República, el Congreso de la Nación supervisará siempre las competencias que puede ejercer en la materia el órgano legislativo local.

Una idea similar se desprende del párrafo 2°: "La Policía Federal Argentina continuará cumpliendo funciones de policía de

seguridad y auxiliar de la justicia en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, dependiendo orgánica y funcionalmente del Poder Ejecutivo Nacional". Esto implica ratificar la situación actual a la vez que impide a quienes deben dictar el Estatuto Organizativo innovar respecto de ella.

"La ciudad de Buenos Aires y el Estado nacional —dice el tercer párrafo— suscribirán los convenios necesarios para que éste brinde la cooperación y el auxilio que le sean requeridos para garantizar el efectivo cumplimiento de las órdenes y disposiciones emanadas de los órganos de gobierno de la ciudad de Buenos Aires. La ciudad de Buenos Aires podrá integrar el Consejo de Seguridad". Este Consejo actúa en casos de estado de sitio.

Reiteramos que, desde nuestro punto de vista, la solución es correcta, dado que sería inconveniente la superposición en un mismo ámbito, en forma permanente, de dos fuerzas policiales, la local y la federal. Pero es evidente que la autonomía de la ciudad es sólo un artificio verbal si ésta no puede tener fuerzas policiales propias. La hipótesis de la autorización por parte del Congreso debe considerarse poco realista.

El art. 8 se refiere a la organización de justicia. El párrafo 1° dispone que "la justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación".

Desde el punto de vista teórico, esta reserva fue fundada en la alegación de que la ciudad de Buenos Aires no es una provincia y, en consecuencia, a sus jueces no les corresponde la aplicación de los códigos que el art. 75, inc. 12, atribuye a los tribunales *federales o provinciales* según que las cosas o las personas recaigan sobre sus respectivas jurisdicciones. La alegación de que la ciudad de Buenos Aires no es una provincia es real e inequívoca, máxime en tanto siga siendo Capital de la República y residencia de las autoridades que ejercen el gobierno federal. Pero, en cambio, no lo es la conclusión que pretende derivarse de ello. La ley 24.588 determina que la ciudad "tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales". Estos jueces deben aplicar necesariamente las leyes y códigos a que se refiere el art. 75, inc. 12.

El art. 9 dispone: "El Estado nacional se reserva la competencia y la fiscalización, esta última en concurrencia con la ciudad y demás jurisdicciones involucradas, de los servicios pú-

blicos cuya prestación exceda el territorio de la ciudad de Buenos Aires”.

Es arduo desentrañar qué significa en este contexto la palabra *competencia*. Desde nuestro punto de vista, debemos entender que es sinónimo de administración y de la emisión de las normas necesarias para ello. Es decir que el Estado nacional administrará los servicios públicos interjurisdiccionales que no estén privatizados y cuya prestación exceda el territorio de la ciudad de Buenos Aires. La fiscalización, en cambio, estará a cargo del Estado nacional, de la ciudad y de las demás jurisdicciones involucradas.

Por el art. 10, el Estado federal se reserva la jurisdicción (debemos entender que también la competencia) en relación con la Inspección General de Justicia, es decir, el organismo que fiscaliza las personas jurídicas. Parecería que esta previsión es razonable, en tanto las normas internas que las rigen prevén, en general, que su ámbito de actuación se extiende a toda la República. También se reserva la administración del Registro de la Propiedad, lo que se justifica en razón de que en dicho Registro están inscriptos los inmuebles que son sede de los tres poderes que constituyen el Estado nacional.

El art. 11 se refiere a la conservación de los derechos de todos los agentes públicos que sean transferidos de una jurisdicción a otra con motivo de la nueva situación jurídica de la ciudad de Buenos Aires.

El art. 12 establece el sistema de recursos de la ciudad e implica una decisión política de trascendencia: “La ciudad de Buenos Aires dispondrá de los recursos financieros que determine su Estatuto Organizativo con sujeción a lo que establecen los incisos *b*, *c*, *d* y *e* del art. 9 de la ley 23.548”³.

³ El párrafo 2° del art. 12 del proyecto de esta ley disponía: “Hasta tanto se dicte nuevo régimen de coparticipación y distribución de ingresos entre la Nación y las jurisdicciones previstas en la Constitución Nacional, la Nación deberá suscribir con la ciudad de Buenos Aires un acuerdo destinado a fijar los recursos que remitirá automáticamente para financiar las competencias, servicios y funciones que le transfiera la Nación. Dichos recursos deberán ser calculados en relación directa a la asignación presupuestaria realmente ejecutada de las competencias, servicios y funciones prestados por la Nación al momento de sus respectivas transferencias”.

La ley decidía de tal modo, en forma indirecta, congelar los recursos de la ciudad de Buenos Aires hasta tanto se dictara la nueva ley-convenio sobre coparticipación, es decir, hasta fines de 1996 (cláusula transitoria 6ª de la Constitución Nacional).

Recordamos que la ley 23.548 es la denominada ley de coparticipación federal de impuestos en vigencia. Es decir que la ley de garantías rige con antelación a la decisión de las entidades autónomas de la ciudad de Buenos Aires y que ésta se adhiere al régimen de coparticipación. En la práctica, esta adhesión implica privar a la ciudad de recursos impositivos nuevos que no sean los coparticipables. Quedarían a su disposición sólo aquellos de los que ya dispone, es decir, los que gravan la propiedad inmueble, el de ingresos brutos y el que grava los automotores. A estos impuestos podrían añadirse el de sellos y el impuesto a la transmisión gratuita de bienes.

En el art. 13 se reconocen a la ciudad competencias que en los hechos está ejerciendo por medio de sus organismos administrativos de control: "La administración presupuestaria y financiera de la ciudad de Buenos Aires se regirá por su propia legislación y su ejecución se controlará por sus propios organismos de auditoría y fiscalización".

La disposición siguiente (art. 14) concuerda con el art. 124 de la Constitución: "La ciudad de Buenos Aires podrá celebrar convenios y contratar créditos internacionales con entidades públicas o privadas siempre que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no se afecte el crédito público de la misma, con la intervención que corresponda al gobierno de la Nación".

En efecto, se hacía referencia a un acuerdo entre el Estado nacional y la ciudad de Buenos Aires destinado a "fijar los recursos que remitirá automáticamente para financiar las competencias, servicios y funciones prestados por la Nación al momento de las respectivas transferencias".

Es decir que el Estado nacional seguiría haciendo, en forma indirecta, el presupuesto de gastos y recursos de la ciudad de Buenos Aires, cuyas partidas no podía incrementar. Este sistema dificultaba asimismo la reasignación de partidas; los hospitales y las escuelas municipales deberían, en consecuencia, continuar en una situación de decadencia.

Otro párrafo del mismo artículo consignaba:

"Dichos recursos deberán ser calculados en relación directa a la *asignación presupuestaria realmente ejecutada* de las competencias, servicios y funciones prestados por la Nación al momento de las respectivas transferencias".

Desde nuestro punto de vista, en la ley no sólo se deciden *transferencias* sino que se prevén nuevas competencias, por ejemplo, la jurisdicción vecinal o de menor cuantía. No se prevén ingresos impositivos correlativos para atender esos gastos.

Advertimos que la frase “con la intervención que corresponda al gobierno de la Nación” es ambigua. La Constitución se refiere a “con conocimiento del Congreso”. Es clásica la discusión doctrinaria acerca de si el conocimiento se agota con el envío del convenio al Congreso o si éste debe expedirse. Es decir, si se trata de simple conocimiento o de aprobación (ver apartado 10, *infra*). Estimamos que la ley de garantías debió optar por una de las dos posibilidades: conocimiento o aprobación, dado que, reiteramos, “intervención que corresponda” es extremadamente ambiguo.

El art. 15 establece una nueva Comisión Bicameral en el ámbito del Congreso: “Créase en el ámbito del Congreso de la Nación la Comisión Bicameral «Ciudad de Buenos Aires», integrada por seis senadores y seis diputados quienes serán elegidos por sus respectivos cuerpos y que dictará su reglamento y su estructura interna.

”Dicha comisión tendrá como misión:

”a) Supervisar el proceso de coordinación que se lleve adelante entre el Poder Ejecutivo Nacional y el gobierno de la ciudad de Buenos Aires conforme a las disposiciones de esta ley, debiendo informar a los respectivos cuerpos legislativos sobre la marcha de dicho proceso.

”b) Formular las observaciones, propuestas, recomendaciones y opiniones que estime pertinentes”.

Como reflexión preliminar, debemos recordar que constituye un fenómeno mundial que el cuerpo electoral de las grandes ciudades se exprese en contra del partido que ejerce el gobierno central y que su gobierno pertenezca a la oposición. Hoy en día pueden citarse los ejemplos de Nueva York, París, Montevideo, Río de Janeiro y Roma. Ésta ha sido una constante histórica en Buenos Aires desde los tiempos de Alsina y Alem, reflejada más tarde en la hegemonía del Partido Socialista. En las últimas elecciones, sólo el 17 % de la población votó al partido con mayoría en el Poder Legislativo nacional. En consecuencia, no creemos que sea exceso de pesimismo conjeturar que no serán sencillas las relaciones entre el órgano legislativo de la ciudad y la Comisión Bicameral.

Más allá de la inconveniencia de establecer esta Comisión, el artículo merece los siguientes comentarios:

a) No parece indicado que la Comisión se cree antes de la sanción del Estatuto Organizativo, dado que el proceso de transferencia de funciones sólo puede iniciarse con posterioridad.

b) Parece prudente que la ley fije un plazo para que la Comisión termine con sus funciones, ya que su intervención debe

ser excepcional. La fijación de un lapso ayudará, asimismo, a que se aceleren los procedimientos de transferencia.

c) El inc. a del artículo limita la supervisión al “proceso de coordinación que se lleve adelante entre el *Poder Ejecutivo Nacional* y el gobierno de la ciudad de Buenos Aires”. Desde nuestro punto de vista, en dicho proceso estarán involucrados también el Congreso de la Nación y la Corte Suprema de Justicia.

El último párrafo dispone: “Para cumplir su cometido, la citada comisión deberá ser informada a su requerimiento de toda circunstancia que se produzca en el desarrollo de los procedimientos relativos a la presente ley, remitiéndose con la información la documentación respaldatoria correspondiente”. Como los “procedimientos relativos a la presente ley” abarcan prácticamente todo el gobierno y la administración de la ciudad, la norma implica indirectamente que el municipio estará sometido a una suerte de intervención permanente. Su condición será la de un minusválido bajo tutela.

El último artículo de la ley hace explícita una función incuestionable de los convencionales de la ciudad: “El Estatuto Organizativo de la ciudad de Buenos Aires dispondrá la fecha a partir de la cual quedará derogada la ley 19.087 y sus modificatorias, así como toda otra norma que se oponga a la presente y al régimen de autonomía para la ciudad de Buenos Aires”.

d) La ley de coparticipación y la Ciudad de Buenos Aires.

Es conveniente advertir que el art. 75, inc. 2, de la Constitución, después de fijar las reglas para el ejercicio de las atribuciones impositivas a que nos hemos referido, dispone: “*Una ley convenio sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos*”.

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

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

Desde mi punto de vista, es necesario, como regla de interpretación, integrar esta norma de tal modo que cuando en el

párrafo 2° se dispone que la ley convenio se hará sobre la base de “acuerdos” entre la Nación y las provincias, debe entenderse que también ha querido incluir a la Capital Federal.

Éste es el criterio que ha definido la Constitución de la Ciudad, que en el art. 80, inc. 15, establece como competencia de la Legislatura *aprobar la ley convenio a que se refiere el inciso 2 del artículo 75 de la Constitución Nacional.*

Esto debe vincularse con la cláusula transitoria sexta de la Constitución Nacional (primer párrafo, segunda parte), que dispone: “...*la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada...*”.

Cabe, para esta disposición, la misma observación que hice en el párrafo anterior, es decir que debemos entender que se refiere a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires.

La Ciudad de Buenos Aires debe participar en la ley convenio a dictarse en virtud del citado art. 75, inc. 2°, de la Constitución Nacional y en la consecuente distribución. Anotamos que ella no fue parte en el Pacto Fiscal vigente, dado que carecía de autonomía e integraba la Nación.

Es decir que el régimen jurídico definitivo de la Ciudad de Buenos Aires podrá completarse sólo cuando exista decisión sobre el régimen de coparticipación.

Como conclusión podemos afirmar que la Ciudad de Buenos Aires conservará su naturaleza de entidad federal, mientras sea Capital de la República, es decir, mientras sea sede de los tres poderes del Estado Federal. En este sentido la reforma poco ha innovado. Concordamos con Cassagne en el sentido de que no hay que perder de vista que el destino federal fue la condición de la cesión territorial que hizo la Provincia de Buenos Aires en 1880 (pág. 984).

e) La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Recordamos que el 1 de octubre de 1996, la Asamblea de Representantes de la Ciudad sancionó la Constitución de la Ciudad Autónoma. Considero acertado que haya optado apartarse de la interpretación literal del art. 129 de la Reforma y dictar una Constitución y no un Estatuto Orgánico de sus instituciones. Esto implicó que no se circunscribió a la definición de la parte orgánica, sino que abordó el sistema de derechos y garantías, tanto individuales como sociales. Denominó al Título II del Libro Primero, donde se describen los derechos sociales, *Políticas*

Especiales. Este Título, que quizá pueda considerarse valioso desde el punto de vista académico, merece críticas por ser demasiado extenso, vago y a veces redundante.

No me referiré en particular a las normas del Estatuto o Constitución, dado que ya lo he hecho con cierta extensión al comentar la *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, que editó la Editorial Universidad ⁴. Me limitaré a arrimar las siguientes reflexiones.

Considero que deben apuntarse algunos de sus méritos. Un afinado sistema de controles, una técnica ajustada en el diseño de las garantías de los habitantes y un correcto tratamiento general del arduo problema de los edictos policiales.

Con relación a este último tema, la Legislatura de la Ciudad por la ley 10 del 13 de marzo de 1998 sancionó el Código Contravencional de la Ciudad, que reemplazó al sistema de los edictos policiales cuyas críticas se remontan al clásico caso "Mouviel" ("Fallos", 237:636-1957). Intereses cuantiosos giran alrededor de las conductas que el Código prohíba o habilite. La no inclusión de figuras como la incitación al comercio sexual o el travestismo han sido motivo de duras críticas. No obstante, el Código, en su conjunto, implica un hito sustancial para contener la arbitrariedad policial. La Ley de Procedimiento Contravencional (ley 12) asegura en forma cabal las garantías del debido proceso adjetivo que pone en cabeza de órganos judiciales. Como complemento, el Poder Ejecutivo de la Ciudad designó en comisión *ad referendum* de la Legislatura, y hasta tanto no se constituya el Consejo de la Magistratura local, a seis jueces de Cámara, nueve jueces de Primera Instancia, nueve fiscales y tres defensores.

Debo reiterar que las cláusulas transitorias constituyen una especie de Estatuto paralelo que ha de regir por años. Desde el punto de vista jurídico, la cláusula transitoria segunda es una de las disposiciones clave:

"Las disposiciones de la presente Constitución que no puedan entrar en vigor en razón de las limitaciones de hecho impuestas por la ley 24.588, *no tendrán aplicación* hasta que una reforma legislativa o los tribunales competentes habiliten su vigencia".

La norma ratifica el principio de la supremacía del derecho federal sobre el derecho local que establece el art. 31 de la Constitución Nacional.

⁴ *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, comentada por Carlos E. Colautti, Editorial Universidad, 1996.

En efecto, recordamos que cumpliendo con el art. 129 de la Constitución, el art. 1 de la ley 24.588 señala: "La presente ley garantiza los intereses del Estado Nacional mientras sea Capital de la República".

Esta ley federal, dictada —reitero— en cumplimiento de lo impuesto por la Constitución, *es ley suprema de la Nación y las autoridades locales están obligadas a conformarse a ella no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones locales* (art. 31, Constitución Nacional).

Es decir que una interpretación desprovista de presiones políticas ratifica lo que prevé la cláusula transitoria segunda. Las disposiciones del Estatuto que no puedan entrar en vigor en razón de las disposiciones de la ley 24.588, que garantiza los intereses del Estado Nacional, están sujetas a dos condiciones suspensivas que constituyen una disyuntiva:

a) que el Congreso disponga una reforma legislativa;

b) que los tribunales habiliten la vigencia de las normas locales, declarando la inconstitucionalidad de las normas federales. Tengo para mí que las decisiones del Congreso de la Nación que garantizan los intereses del Gobierno Federal constituyen opciones esencialmente políticas y por lo tanto no justiciables. Considero que lesionaría el principio de división de poderes que fueran los jueces los que interpretaran las medidas y el alcance de los intereses del Estado Federal en la Ciudad que es *sede de los tres poderes*.

Por último, el puerto de la Ciudad y la competencia y dominio sobre la zona ribereña que reivindica el Estatuto (art. 8), han de ser siempre motivo de pujas entre las dos jurisdicciones. La solución deberá venir necesariamente a través de los convenios que prevé el art. 6 de la ley 24.588.

Como advirtió Pedro J. Frías hace más de diez años, la solución del *status* jurídico de la Ciudad requiere gran sensatez por parte de sus habitantes y de sus gobernantes. También de los representantes de la Nación y de las provincias en el Congreso de la Nación; y de los representantes en la Legislatura local.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Nociones preliminares:

Pedro José Frías, *Introducción al Derecho Público Provincial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

Regiones:

María Celia Castorina de Tarquini, *La Provincia y la Región*, en Dardo Pérez Guilhou, *Derecho Público Provincial*, Ed. Depalma, 1990, t. I, p. 251.
— *La Provincia y las Provincias*, *idem*, p. 221.

Intervención federal:

Carlos E. Colautti, *Límites de las atribuciones de los interventores federales*, "La Ley", suplemento del 8 de noviembre de 1996.
Juan Vicente Solá, *Intervención federal en las provincias*, Abeledo-Perrot, 1982.

Zonas de jurisdicción nacional:

Raúl Alberto Ramayo, *Las interpretaciones judiciales cíclicas del art. 67, inc. 27, de la Constitución Nacional*, "L.L.", 1979-B, p. 933.
Felipe Seisdedos, *Establecimientos de utilidad nacional*, en Dardo Pérez Guilhou, *Atribuciones del Congreso Argentino*, Ed. Depalma, 1986, p. 422.

Coparticipación:

Enrique Bulit Goñi, *La coparticipación federal en la reforma constitucional de 1994*, "L.L.", del 7/8/95.
Pedro José Frías, *El Federalismo en la Reforma Constitucional*, "L.L.", 1994-D, p. 1122.

Peaje:

Gregorio Badeni, *El régimen constitucional del peaje*, "L.L.", 1991-D, p. 404.

Municipios:

Juan Carlos Cassagne, *La problemática política, constitucional y administrativa de los municipios y su autonomía a la luz de la Constitución reformada*, "L.L.", 1995-A, p. 977.

Régimen de la ciudad de Buenos Aires:

Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comentada por Carlos E. Colautti, Editorial Universidad, 1996.

- Carlos E. Colautti, *Primeras reflexiones sobre la Constitución de Buenos Aires*, "La Ley", suplemento del 12 de diciembre de 1996.
- Jorge Argüello, *Autonomía de la ciudad de Buenos Aires. Aportes para la discusión sobre sus alcances constitucionales*, "L.L.", 1995-A, p. 805.
- Rafael A. Bielsa y Eduardo R. Graña, *Los futuros jueces de la ciudad de Buenos Aires*, "L.L.", 1995-A, p. 753.
- Juan Carlos Cassagne, *La problemática política, constitucional y administrativa de los municipios y su autonomía a la luz de la Constitución reformada*, "L.L.", 1995-A, p. 976.
- Horacio Creo Bay, *Nuevo régimen jurídico institucional de la ciudad de Buenos Aires*, "L.L.", 7/11/94.
- Pedro J. Frías, *¿Qué autonomía para Buenos Aires?*, "L.L.", 1995-C, p. 1069.
- Alberto A. Spota, *Naturaleza político-institucional de la ciudad de Buenos Aires en el texto de la Constitución vigente a partir de agosto de 1994*, "L.L.", 1995-A, p. 967.
- Jorge Reinaldo Vanossi, *Régimen Político de la ciudad de Buenos Aires. La autonomía municipal y sus limitaciones*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 1995.

CAPÍTULO VII

PODER LEGISLATIVO

A) COMPOSICIÓN

El art. 44 de la Constitución dispone:

“Un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de diputados de la Nación y otra de senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, será investido del Poder Legislativo de la Nación”.

Es típico de los sistemas federales prever la existencia de dos Cámaras. Una representativa de las autonomías provinciales y la otra del pueblo de la federación como un todo.

La reforma de 1994 sustituyó la palabra “capital” por “ciudad de Buenos Aires”. En consecuencia, si se trasladara la capital a otro punto del país, ese distrito no tendría representantes en el Senado, pero sí continuaría la representación de la ciudad de Buenos Aires. Concluimos, entonces, que dicha representación tiene fundamento en razones históricas y también desde el punto de vista de su población y de su importancia económica.

1. Diputados.

a) Determinación de la cantidad de bancas.

Art. 45 (primera parte):

“La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires y de la capital en caso de traslado...”.

En la práctica, los distritos electorales de la Constitución son los mismos que en el texto de 1853; la reforma ha incluido la previsión de que en caso de que se traslade la capital de la República, ésta también será considerada, a los fines de la elección de diputados, como un distrito electoral.

La Constitución establece que después de cada censo, que deberá realizarse cada diez años (art. 47), “el Congreso fijará la representación de acuerdo al mismo”. La base constitucional mínima para la elección de un diputado es de treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. La ley puede aumentar esta base pero no disminuirla (art. 45).

Conforme a la ley de facto 22.847, la base de la representación es de un diputado por cada 161.000 habitantes o fracción no menor de 80.500, y el mínimo es de cinco por cada distrito.

Participación de la mujer.

La ley 24.012 dispuso que “las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo de un treinta por ciento de los candidatos de los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas”. El Código Electoral (ley 24.444) ha ratificado esta regla.

La reforma de 1994 ha incluido dos normas que concluyen con la discusión acerca de la constitucionalidad de esta disposición, que ha sido denominada cupo femenino.

En efecto, el art. 37, último párrafo, dispone:

“La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para acceder a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”. Esta garantía se completa en la cláusula transitoria 2ª, que dispone: “Las acciones positivas a que alude el art. 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine”.

b) Condiciones para ser elegido y duración de los mandatos.

“Para ser diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella” (art. 48).

El artículo implica las siguientes pautas de interpretación.

a) La edad constitucional se refiere al momento de incorporarse a la Cámara; no se requiere en el momento de ser electo.

b) El requisito de cuatro años de ciudadanía rige para los extranjeros que han adquirido la ciudadanía y no para los argentinos nativos.

c) El agregado de “ser natural de la provincia que lo elija o con dos años de residencia inmediata en ella” fue incorporado por

la reforma de 1860. Sarmiento informó sobre la propuesta en la Convención *ad hoc* de la provincia de Buenos Aires, fundándola en sustancia en la necesidad de que “el diputado sea de la provincia que lo haya nombrado y vuelva a ella”, de modo tal que sienta su responsabilidad frente a sus vecinos (Ravignani, *Asambleas...*, t. IV, p. 848).

El tema de la duración del mandato está previsto por el art. 50:

“Los diputados durarán en su representación por cuatro años, y son reelegibles...”.

La sala se renovará por mitad cada bienio.

c) Suplentes.

El art. 51 de la Constitución expresa: “En caso de vacante, el gobierno de provincia, o de la Capital, hace proceder a elección legal de un nuevo miembro”.

El Código Nacional Electoral (ley 24.444) ha reglamentado esta disposición y ha previsto que en la convocatoria a elecciones en cada distrito se establecerá un número de suplentes en proporción a los titulares. En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente del diputado, lo sustituirán quienes figuren en la lista como candidatos titulares según el orden establecido; sólo cuando ésta se hubiere agotado, los suplentes ocuparán las vacantes. De forma tal que, de hecho, la reglamentación legal implica que el texto del art. 51 sólo pueda ponerse en práctica en casos excepcionalísimos, improbables y que aún no se han verificado. Los requisitos de quienes ingresen por el sistema de suplencias deben ser considerados por las Cámaras en el momento de su incorporación.

2. Senadores.

a) Cantidad de bancas.

El art. 54, en lo pertinente, dice: “El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos...”.

La ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma dispuso la “inmediata vigencia de esta reforma, a partir de 1995 mediante

la incorporación del tercer senador por provincia, garantizando la representación por la primera minoría” (art. 2, D, a). Como veremos luego, el mecanismo de vigencia ha sido reglado por una extensa cláusula transitoria.

b) Requisitos para ser elegido y duración de los mandatos.

El art. 55 dispone:

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

La reforma de 1994 no introdujo modificación alguna en este artículo (art. 47 en la numeración anterior). Valen para su interpretación las consideraciones hechas en relación con los requisitos para ser elegido diputado.

Desconocemos los motivos aducidos para no modificar la cláusula patrimonial del artículo. En efecto, en casi todos los proyectos de reforma presentados en el Congreso desde 1914 (del Valle Ibarlucea) hasta los de la última década e inclusive en el que aprobó el Senado como cámara de origen en octubre de 1993, se había suprimido este requisito, que, por su parte, mereció extensas críticas en la sesión de la Convención Constituyente de 1853 en la que fue tratado (27 de abril de 1853). La cláusula estaba incluida en el Proyecto de Alberdi (art. 57), que preveía “...disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente”. No existen en la doctrina opiniones en su favor, y ha tenido escasa aplicación. Quiroga Lavié (*Derecho Constitucional*, p. 765) la explica afirmando que con “este requisito se pretende alejar toda sospecha de venalidad en el proceder de los senadores”.

La duración de los mandatos, conforme a la reforma de 1994, está reglada en el art. 56 que, en lo pertinente, dice:

“Los senadores duran seis años en el ejercicio de su mandato, y son reelegibles indefinidamente; pero el Senado se renovará a razón de una tercera parte... cada dos años”.

c) Forma de elección.

Es preciso distinguir entre el régimen transitorio, que durará hasta el año 2001, y el régimen permanente previsto por la Constitución, que se aplicará con posterioridad.

1) Régimen transitorio.

La Constitución de 1853 fijaba en dos el número de senadores por provincia (art. 46). La elección de los senadores de las provincias correspondía a las legislaturas locales. En la Capital Federal se elegían también en forma indirecta, pero por medio de electores que surgían de votación popular (art. 46). Las constituciones provinciales disponían los recaudos, el procedimiento y las mayorías que debían ser observados por las legislaturas para dicha elección. El período de sus funciones era de nueve años y la Cámara se renovaba por tercios cada tres años (art. 48). La cláusula transitoria 4ª (párrafo 1º) garantiza que “los actuales integrantes del Senado de la Nación desempeñarán su cargo hasta la extinción del mandato correspondiente a cada uno”. Es decir que los senadores elegidos en 1992 ejercen su mandato hasta el año 2001. La renovación trienal opera en 1995 y en 1998. A su vez, las normas transitorias tuvieron que contemplar el paso de un sistema de dos senadores por mayoría a uno de tres, en el cual uno debía representar a la primera minoría. Como hemos visto, la decisión de integrar la representación con el tercer senador debía tener inmediata vigencia a partir de 1995.

Con tal objeto, y mediante una cláusula transitoria, la Convención reformadora instrumentó el siguiente sistema:

a) En ocasión de la renovación de un tercio del Senado en 1995, por finalización de los mandatos de los senadores elegidos en 1986, se designará además un tercer senador por distrito por cada legislatura (párrafo 2º, primera parte). En 1995, el senador por la Capital Federal fue elegido directamente por el pueblo. Esto se debe a que los integrantes que desempeñaron su cargo hasta la extinción del mandato pertenecían a distintos partidos políticos y podía considerarse, por tanto, que uno de ellos correspondía al partido que seguía en número de votos a la mayoría.

b) “El conjunto de los senadores por cada distrito —continúa diciendo la cláusula— se integrará en lo posible de modo que correspondan dos bancas al partido político con el mayor número de miembros en la legislatura y el restante al que le siga en número de miembros” (párrafo 2º, segunda parte).

c) *En todos los casos* son los partidos políticos los que proponen los candidatos que deben elegir las legislaturas (párrafo 6º). Entendemos que a partir de esta regla se alegará que las bancas pertenecen al partido político y no al senador elegido. Las legislaturas se limitan a ratificar las designaciones efectuadas en el seno de los partidos.

d) En 1998 se seguirán las mismas reglas, con la salvedad de que en la ciudad de Buenos Aires serán elegidos por el órgano legislativo de la ciudad.

e) Todos los senadores deberán cesar el 9 de diciembre del 2001 (párrafo 7º). Es decir que los elegidos en 1995 duran seis años y los elegidos en 1998, tres.

2) *Régimen permanente.*

El sistema permanente que se instrumentará a partir del 2001 es el siguiente:

a) Los tres senadores se elegirán en forma directa por el pueblo de cada provincia y de la ciudad de Buenos Aires. Como dijimos, la Constitución no prevé senadores por la capital en caso de traslado.

b) Se elegirán en forma conjunta, correspondiendo dos senadores al partido político que obtenga el mayor número de votos y la restante al partido político que le siga en número de votos. El sistema nos lleva a la misma reflexión que hiciéramos en el apartado c, al referirnos al régimen transitorio.

d) Como los tres senadores deben elegirse en forma conjunta por seis años, la renovación operará “a razón de una tercera parte de los distritos electorales cada dos años” (art. 56). Es decir que los tres senadores de un mismo distrito cesan simultáneamente.

d) Suplentes.

En relación con las suplencias deben observarse los siguientes principios:

a) El de orden general estaba en el texto de 1853/60 y no ha sido reformado: “Cuando vacase alguna plaza de senador por muerte, renuncia u otra causa, el gobierno a que corresponda la vacante hace proceder inmediatamente a la elección de un nuevo miembro”. Esta norma tiene por objeto que se mantenga siempre una igual representación de las provincias en el Senado (art. 62).

b) En cuanto al régimen transitorio, la regla es: “Toda vez que se elija un senador nacional se designará un suplente, quien asumirá en los casos del art. 62” (cláusula transitoria 4ª, último párrafo). Es decir que opera cuando la plaza de senador quede vacante por muerte, renuncia u otra causa.

El Reglamento del Senado (art. 2) dispone que en la primera sesión preparatoria “se reunirá el Senado para incorporar a los senadores electos que hubiesen presentado diploma otorgado por

la autoridad competente y *para expedirse sobre los diplomas de los electos como suplentes...*". Y en el último párrafo agrega: "La aprobación de los diplomas de los electos como suplentes no obstará a que, en la eventual oportunidad de su incorporación, se examine y se juzgue por el cuerpo cualquier circunstancia sobreviniente relativa al cumplimiento de los requisitos de elegibilidad previstos por el artículo 55 de la Constitución Nacional".

En los hechos, esta disposición significa que el diploma de los suplentes puede ser revisado en dos instancias: cuando ingresa el titular y en el caso de la eventual incorporación.

c) El régimen permanente, es decir, a partir del 2001, se rige por los siguientes principios:

—Cada elector votará por una lista oficializada con dos candidatos titulares y dos suplentes (art. 156, Cód. Electoral).

—Será primer suplente de la lista que obtenga un senador, el segundo titular de la lista. Es decir que en el caso del senador por la minoría, el suplente sólo entrará después de que lo hayan hecho los dos titulares.

—En la lista que obtenga los dos senadores, los suplentes sucederán al titular por el orden en que aquéllos figuren en la lista (art. 157).

Es válido también para el régimen permanente lo que ya desarrollamos respecto de la aprobación de los diplomas de los senadores suplentes.

B) INMUNIDADES DE LOS LEGISLADORES

Como introducción, nos parece conveniente distinguir entre las inmunidades que la Constitución acuerda individualmente a los miembros del Poder Legislativo para proteger la función y las atribuciones que cada una de las Cámaras del Congreso ejerce por separado para su mejor funcionamiento, que algunas decisiones de la Corte Suprema y parte de la doctrina (González Calderón, *Derecho Constitucional*, ps. 565 y ss.) denominan *privilegios colectivos*.

La inmunidad de los legisladores ante posibles excesos de la Corona tuvo su primer desarrollo en Inglaterra en el siglo XVII. De allí pasó a la Constitución de Filadelfia (1789) y a las constituciones revolucionarias francesas, y fue adoptada por nuestros primeros documentos constitucionales patrios.

En líneas generales, podemos decir que estas inmunidades tienden a garantizar la libertad de expresión, la libertad ambulatoria y el derecho a no ser perseguido judicialmente.

Las reglas constitucionales que garantizan las inmunidades de los legisladores no han sido modificadas en la reforma de 1994. Podemos decir que ellas forman parte del fondo jurídico común de Occidente, dado que constituyen un "axioma del gobierno representativo".

1. Inmunidad de expresión.

"Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador" (art. 68).

La inmunidad protege las expresiones de los legisladores en cuanto, para su mejor *desempeño*, deben gozar de absoluta libertad en ese sentido. Cualquier expresión que tenga conexidad con él está protegida. Éste es el sentido que debe darse al término *desempeñando*. Una vez que se verifica esta conexidad, el privilegio es pleno, en el sentido de que importa la total irresponsabilidad penal del legislador, de modo tal que en ningún caso se pueden imponer sanciones, aun cuando haya cesado en su cargo o cuando hubiese sido desaforado por esa u otra causa (Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, t. I, p. 202). "Debe interpretarse —dijo la Corte— en el sentido más amplio y absoluto, porque si hubiera un medio de violarla impunemente se ampliaría con frecuencia por los que intentasen coartar la libertad de los legisladores" (caso "Calvete", "Fallos", 1:297, 1864).

En el caso "Martínez Casas" ("Fallos", 248:462, 1960) la Corte reafirmó este principio:

"Las demasías en que pudiera incurrirse al amparo de la inmunidad no son irreprimibles. En otras palabras, las opiniones calumniosas o injuriosas vertidas desde una banca parlamentaria no constituyen delito pero sí pueden comportar «un desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones» y son susceptibles de originar sanciones por parte del cuerpo legislativo (art. 58)".

Desde nuestro punto de vista —reiteramos—, los legisladores están protegidos por la inmunidad del art. 68, siempre que haya conexidad entre la expresión y la función, cualquiera que sea el sitio en que las opiniones fueron emitidas. Lo sustancial es la

materia sobre la que versa la expresión. Cuando ella tiene alguna conexidad con lo político, corresponde la inmunidad.

2. Inmunidad contra el arresto.

El art. 69, primera parte, establece el siguiente principio general:

“Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado...”.

Más adelante menciona la excepción: salvo “el caso de ser sorprendido *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra afflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho”.

La inmunidad fue interpretada con claridad —lo que nos exime de otros comentarios— por la Corte Suprema, en 1893, en el caso del senador electo Leandro N. Alem, quien había sido detenido en virtud del estado de sitio. Dijo el tribunal: “Este artículo determina la regla ineludible: los miembros del Congreso no pueden ser arrestados; y al lado de la regla coloca la única excepción: el caso de ser sorprendido *in fraganti* en la comisión de algún delito. Sean cuales fuesen —agregó— los actos que se atribuyen al senador Alem para motivar su arresto, ellos no pueden incluirse en la excepción que el artículo consigna... Toda medida que directa o indirectamente afecte la existencia de los poderes públicos adoptada en virtud de las facultades que el Estado de sitio confiere, sería contraria a la esencia misma de aquella institución y violaría los propósitos con que la ha creado la Constitución” (“Fallos”, 54:432).

El Código Procesal Penal de la Nación describe con nitidez, según nuestro criterio, los requisitos de la flagrancia: “Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que haga presumir vehementemente que acaba de participar de un delito” (art. 285).

La segunda parte del párrafo primero debe entenderse genéricamente como delito que merece pena privativa de la libertad. No obstante —conforme a lo decidido por la Corte Suprema—, la inmunidad de los legisladores cede frente al arresto decidido por un juez en ejercicio de las facultades disciplinarias

propias de los tribunales. El argumento sustancial radicó en que cuando el legislador se somete a la jurisdicción de un tribunal, sea para defender sus propios derechos, sea para ejercer su profesión de abogado, se somete a las reglas que gobiernan el funcionamiento de aquél y que son garantía de la justicia en un sistema de división de poderes. Por su parte, reconocer una inmunidad significaría “quebrantar la regla fundamental del procedimiento que requiere la igualdad de condiciones en los litigantes, sus apoderados y defensores” (caso “Manuel Gazcón”, “Fallos”, 116:96, 1912).

3. Limitaciones respecto del proceso penal.

El art. 70 de la Constitución determina otra inmunidad de los miembros del Congreso:

“Cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias... examinando el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento”.

La Corte Suprema de Justicia ha decidido reiteradamente que la inmunidad debe interpretarse en forma restrictiva, dado que implica una excepción al derecho común. En consecuencia, “no se opone a la iniciación de acciones criminales contra un miembro del Congreso ni a que se adelanten los procedimientos de los respectivos juicios mientras que no se afecte su libertad personal, es decir, que no se dicte orden de arresto o prisión” (“Edmundo Bo”, “Fallos”, 190:397, 1941; “Eduardo Colom”, “Fallos”, 205:544, 1946; “Melchor S. Posse”, “Fallos”, 261:34, 1965, “L.L.”, 119-199).

Es decir que en virtud de la interpretación de la Corte, esta inmunidad está estrechamente vinculada a la inmunidad contra el arresto. González Calderón aclara que “no debe interpretarse en el sentido de que un tribunal de justicia no pueda iniciar y seguir contra un miembro del Congreso el procedimiento llamado en el tecnicismo jurídico *sumario* porque el mismo artículo dice que la Cámara «examinado el mérito del sumario en juicio público» podrá con dos tercios de los votos suspender en sus funciones al acusado” (op. cit., p. 583). Lo que se ha querido evitar es que los legisladores, a raíz de un proceso criminal, puedan ser impedidos de concurrir al Congreso. Por tanto, no pueden ser obligados a medidas tales como comparecer ante la autoridad policial a fin de obtener impresiones digitales, el reconocimiento en rueda de

personas, la citación a fin de llevar a cabo careos o a prestar declaración indagatoria sin previo desafuero.

El desafuero.

La última parte del artículo habilita a la Cámara para, “examinado el mérito del sumario en juicio público..., suspender en sus funciones al acusado y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento”. Es lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan *desafuero*.

La concesión del desafuero implica, como dice la norma, *suspender en sus funciones* al acusado. En consecuencia —como lo ha afirmado la Corte—, el pronunciamiento impone la previa consideración confrontada de dos intereses institucionales en juego: el de la integridad de la respectiva Cámara y la libre actuación de la justicia... Acordar el desafuero importa consentir la desintegración del cuerpo que lo acuerda en razón de que se reconoce preeminencia a la libre actuación judicial” (caso “Balbín”, “Fallos”, 217:122, 1950).

Los jueces pueden pedir el desafuero sólo cuando la etapa del juicio criminal esté tan avanzada que no pueda proseguir sin la comparencia del legislador acusado (Senado de la Nación, dictamen del 4 de febrero de 1993). Este pedido debe hacerse mediante una información sumaria del estado del juicio. La Cámara tiene el deber de “inquirir minuciosamente” sobre las constancias del expediente (Senado de la Nación, dictamen del 25 de agosto de 1948).

C) INCOMPATIBILIDADES

Como consecuencia de la división de poderes y de la necesidad de preservar la independencia de los legisladores, la Constitución determina incompatibilidades para el ejercicio de la función legislativa. Este sistema que hace a la esencia del régimen presidencialista no fue modificado en 1994. Tampoco en 1949, salvo que en esa ocasión se suprimió la inexplicable incompatibilidad de los “eclesiásticos regulares”, que fue mantenida en 1994. En sustancia son las siguientes:

1. Ministros del Poder Ejecutivo.

El art. 105 dispone que “no pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos de ministros”.

Dado que el Poder Ejecutivo es unipersonal, el ministerio —como bien lo advierte González Calderón— no es parlamentario sino presidencial, de lo que se infiere que no hay razón institucional para que los ministros ocupen una banca en el Congreso. A su vez, el art. 72 dispone que “ningún miembro del Congreso podrá recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo, sin previo consentimiento de la Cámara respectiva, *excepto los empleos de escala*”. Esto con el objeto de prever el principio de separación de poderes que es propio del presidencialismo.

De la propia letra de esta disposición surge que los legisladores pueden recibir empleos y comisiones bajo condición de que la Cámara respectiva preste consentimiento. Ésta es una facultad privativa de cada Cámara, las que se han pronunciado de manera dispar según las circunstancias de hecho.

Entre numerosos casos, podemos citar los siguientes: En 1854, el Senado concedió el permiso a dos de sus integrantes para desempeñarse como ministros del Poder Ejecutivo (Galán y Zuvi-ría) sin retención del cargo legislativo. En 1860, se negó al senador Arias su permiso de licencia para desempeñarse como ministro en la provincia de Salta. Más recientemente, la Cámara de Diputados ha concedido autorización a uno de sus miembros para desempeñarse como ministro de Economía, con retención del cargo pero con suspensión de su ejercicio (caso “Jesús Rodríguez”, 1989).

Lo sustancial es que en un sistema de separación de poderes no procede que los legisladores queden bajo dependencia funcional del Poder Ejecutivo, nacional o provincial, y simultáneamente desempeñen la función de legisladores.

Como se trata de un tema privativo de cada Cámara, las pautas, en lo que se refiere a los diputados, han sido fijadas en 1991 por su Reglamento. En él se establece que los permisos sólo podrán durar *por el año legislativo en que fuesen otorgados* y que en caso alguno podrán ser concedidos con la autorización de ejercer simultáneamente las funciones legislativas.

En cambio, “cuando los permisos fueren otorgados para ejercer comisiones que le hubiere encomendado la Cámara al legislador, el cuerpo podrá disponer que el mismo lo sea con la autorización del ejercicio simultáneo de sus funciones si ello fuere compatible por razones funcionales”.

En el primer caso, la Cámara podrá proceder a la incorporación del diputado suplente, quien cesará en sus funciones cuando se reincorpore el titular (art. 20).

2. Gobernadores de provincia.

Los gobernadores de Provincia no pueden ser miembros del Congreso *por la de su mando* (art. 73). En la Convención de 1853 se discutió muy brevemente esta cláusula. Del debate se desprende que la intención esencial fue impedir que los gobernadores pudieran presionar mediante su influencia en el Congreso. A pesar de que la norma expresa “por la de su mando”, en los hechos limita la posibilidad de ser senador y simultáneamente gobernador de todos los mandatarios provinciales, dado que si tienen las condiciones de residencia para ser gobernador de una provincia, carecerán de la necesaria para ser legislador por otra.

Queda en pie el interrogante acerca de si los gobernadores pueden ser elegidos como legisladores suplentes. Desde nuestro punto de vista, la incompatibilidad a que se refiere el art. 73 debe regirse por los mismos principios que vimos en relación con los requisitos, es decir que éstos deben de ser juzgados por la Cámara correspondiente en el momento en que el legislador asume y no en el momento de su elección.

3. Eclesiásticos regulares.

El art. 74 también inhabilita a los eclesiásticos *regulares*, es decir, a quienes pertenecen a una orden religiosa. La incompatibilidad está vinculada con la disciplina que imponían en el siglo XIX las órdenes religiosas a quienes profesaban en ellas; no incluye, desde luego, el denominado “clero secular”, o sea, a los que no pertenecen a las congregaciones. Como dijimos, la anulada reforma de 1949 había suprimido esta incompatibilidad.

D) FACULTADES DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE CADA UNA DE LAS CÁMARAS

En este apartado trataremos las facultades que ejercen cada una de las Cámaras, por separado, con el objeto de organizar su funcionamiento y reglar las relaciones con sus propios miembros.

González Calderón —y siguiendo su criterio la generalidad de los teóricos de derecho parlamentario— los denomina *privilegios colectivos*, con fundamento en que ellos son “esenciales para garantizar la existencia de cada una de las cámaras del Congreso”

(op. cit., p. 569). En puridad, son competencias que —reiteramos— aquéllas ejercen por separado, es decir, sin interferencias del otro cuerpo.

L. Facultades expresas.

a) Reglamentos.

El art. 66, primera parte, de la Constitución dispone: “Cada Cámara hará su propio reglamento...”. Este principio constitucional tiene raíces muy antiguas, que podemos ubicar en las primeras normas de desempeño del Parlamento de Inglaterra. En nuestro derecho surge de los primeros antecedentes constitucionales (Proyectos de la Comisión especial y de la Sociedad Patriótica, 1813). Implica que es privativo de cada una de las ramas del Poder Legislativo organizar su propio procedimiento, o sea, el *reglamento* más adecuado para el desempeño de sus funciones. Dice González Calderón: “No bastan a este respecto las reglas generales de procedimiento fijadas en la Constitución, es preciso que las mismas Cámaras determinen cuáles serán las demás normas que observarán en sus deliberaciones” (*Curso...*, p. 570).

Ambas Cámaras han dictado sus reglamentos en los primeros años de la organización nacional (Senado, 1862; Diputados, 1878). No obstante haberse sancionado numerosas enmiendas, se mantienen en la actualidad los lineamientos generales. Las últimas fueron introducidas, en ambas Cámaras, después de la reforma de 1994. Los propios reglamentos de las Cámaras disponen que no pueden ser modificados sobre tablas; es decir que para ello se requiere indefectiblemente un dictamen de comisión.

b) Pedidos de informes.

El art. 71 dice: “Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes”.

El tema debe ser considerado a la luz de la división de poderes establecida por la Constitución y del carácter de la función de los ministros secretarios. En consecuencia, concordamos plenamente con González Calderón en que el “llamado que hacen las Cámaras para que los ministros den los informes y explicaciones que éstas consideren convenientes tiene por objeto tan sólo facilitar la labor legislativa del Congreso y el desempeño de sus atribuciones

constitucionales". Es decir que debe estar vinculado con los poderes explícitos de las Cámaras.

En nuestro sistema no existe el derecho de interpelación propio del constitucionalismo parlamentario, salvo en el caso expresamente previsto del jefe de gabinete (art. 101). El presidente es el "*responsable político* de la administración general del país" (art. 99, inc. 1). Por ello, no es correcto, desde el punto de vista técnico, hablar de interpelación, porque ésta debe dirigirse al responsable de la administración. El presidente es quien nombra y remueve por sí sólo discrecionalmente a los ministros (art. 99, inc. 7) y no está obligado a dar cuenta de ello al Congreso. Éste no tiene derecho para imponer ministros al Poder Ejecutivo, y el único medio que está a su alcance es el de removerlos mediante el juicio político.

Los reglamentos de las Cámaras prevén el orden de la palabra y el tiempo que los legisladores tendrán para sus exposiciones en los casos de asistencia de los ministros, en virtud del art. 71 (Senadores, art. 211; Diputados, arts. 182 y ss.).

Las Cámaras también pueden solicitar al Poder Ejecutivo, es decir, al presidente, los informes por escrito (Reglamento de la Cámara de Diputados, art. 183).

Para finalizar, nada obsta para que las Cámaras soliciten que los ministros den las explicaciones que ellas juzguen pertinentes, ante ambas Cámaras reunidas.

2. Facultades implícitas.

a) Facultades de investigación.

Las facultades de investigación que corresponden a cada una de las Cámaras no surgen expresamente del texto constitucional. La doctrina nacional concuerda en que ellas emanan de los poderes implícitos conferidos por el art. 67, inc. 28 (hoy art. 75, inc. 32, no reformado). También coincide en que ellas pueden ser conducidas con los siguientes fines: *a*) recabar antecedentes con el objeto de emitir legislación; *b*) informarse acerca de la conducta de los legisladores a los efectos del art. 66; *c*) estudiar los problemas relativos a las elecciones de los legisladores, y *d*) reunir elementos para el juicio político. Esto puede resumirse en el concepto de que el fin perseguido debe relacionarse con las competencias explícitas de las Cámaras.

1) *Las comisiones investigadoras y la división de poderes.*

Las comisiones investigadoras no pueden invadir la esfera de los demás poderes. El Poder Ejecutivo nacional, en reunión plenaria del gabinete del 17 de noviembre de 1975, diseñó pautas interpretativas en relación con las facultades de las comisiones investigadoras, que pueden resumirse de la siguiente manera:

a) La Constitución establece en su art. 63 (hoy, 71), la competencia de cada una de las Cámaras para hacer venir a sus salas a los ministros del Poder Ejecutivo, para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes. De este modo se prescribe, *a contrario sensu*, que es el pedido de informes y no otra la vía que ellas pueden utilizar para realizar investigaciones acerca de los actos del Poder Ejecutivo.

b) La Cámara de Diputados tiene amplios poderes inquisitorios respecto de la conducta del Poder Ejecutivo y de los ministros en el caso del art. 45 (hoy, 53) de la Constitución. La decisión de la Cámara de abrir el juicio político debe contar con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros presentes. Sus fines deben coincidir en lo esencial con los que hemos señalado en el apartado anterior.

c) No cabe reconocer al Congreso un poder investigador que sólo tenga por objeto revelar o poner de manifiesto hechos o circunstancias acaecidos en otra órbita del Estado.

d) El objeto perseguido no puede ser recopilar antecedentes con miras a la promoción de un proceso judicial, dado que ello significaría una interferencia en la órbita de otro poder del Estado (Cámara de Diputados, *Diario de Sesiones*, 1975, p. 5733).

2) *Las comisiones investigadoras y las garantías individuales.*

Compartimos el principio general que diseña Bidegain. La inviolabilidad del domicilio y los papeles privados y la exención de interferencia estatal en la vida privada deja a las personas privadas, en principio, fuera de la competencia de las comisiones investigadoras. En consecuencia, es posible establecer las siguientes pautas:

a) Las comisiones investigadoras pueden citar testigos. Ellos pueden negarse a declarar en virtud de la garantía del art. 18 de no "declarar contra sí mismo".

b) Las comisiones investigadoras no pueden allanar domicilios y secuestrar documentación dado que no están autorizadas por la ley (art. 18). La Cámara Federal de Apelaciones, en el caso

“Klein”, fue inequívoca en el sentido de que la propia redacción del art. 18 de la Constitución “no da margen para interpretaciones restrictivas y permite afirmar categóricamente que todo allanamiento domiciliario o requisita de papeles hecho con prescindencia de una ley que lo autorice no puede merecer aprobación judicial” (CNFed. Crim. y Correc., Sala II, octubre 30-984, “L.L.”, 1984-D, p. 549).

c) El objeto y marco de la actuación de las comisiones tiene límites inequívocos en los principios de reserva y legalidad (arts. 19 y 18). Ellos descalifican la posibilidad de que las investigaciones parlamentarias se realicen con el propósito predominante de exponer o revelar. Cuando se lleven a cabo procedimientos que no guarden una relación directa con los fines perseguidos (que no pueden ser otros que los que hemos citado *supra*, corresponde la articulación de la acción de amparo.

b) Facultades de arresto de las Cámaras.

Estas facultades han sido reconocidas por la jurisprudencia desde el clásico caso “Lino de la Torre” (“Fallos”, 19:231). En él la Corte advirtió que “la independencia de los poderes exige que no se obligue a una Cámara cuya autoridad ha sido objeto de un desacato a esperar reparación de otro poder”. El poder disciplinario del Congreso procede frente a actos que afecten el libre y pleno ejercicio de sus funciones, no cuando se ha cometido un delito que afecta exclusivamente a alguno de sus miembros. En este sentido, es preciso distinguir entre la medida disciplinaria, que tiene por objeto que no se creen obstáculos o se impida la actividad del cuerpo, y el juicio penal, que puede tener fundamento en amenazas, actos de violencia, calumnias o injurias contra sus miembros en particular. Contra aquéllos procede la acción penal; al Congreso, en cambio, le compete aplicar medidas disciplinarias ante actos que impiden o coartan su normal desempeño.

El Reglamento del Senado dispone, en el art. 213, que: “Cuando de cualquier modo y en cualquier lugar se obstaculizara o impidiera a los miembros de la Cámara el ejercicio de su actividad parlamentaria, la Cámara, con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, podrá imponer sanción de arresto al que resulte responsable del hecho, la que no podrá exceder de setenta y dos horas, debiendo poner la Cámara en su caso el hecho en conocimiento de juez competente. Previamente deberá darse al imputado la oportunidad de su defensa mediante citación fehaciente”.

La norma, además de ratificar la competencia del cuerpo, diseña estos principios:

- a) El objeto es sancionar los hechos que puedan impedir u obstaculizar el ejercicio de la actividad parlamentaria;
- b) el arresto puede ser dispuesto por un máximo de 72 horas;
- c) debe darse, en su caso, conocimiento al juez competente, es decir, al juez federal con competencia, y
- d) debe preservarse el derecho de defensa del imputado.

E) FACULTADES DE CADA UNA DE LAS CÁMARAS EN RELACIÓN CON SUS MIEMBROS

1. Diplomas.

El art. 64 de la Constitución dice: "Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez" (antes, art. 56, no reformado).

La primera facultad que tiene *cada una de las cámaras* es decidir sobre la validez de los denominados diplomas.

Mientras en el Senado continúe rigiendo el modo transitorio de elección indirecta —es decir, hasta el año 2001—, será necesario distinguir entre sus facultades, que implican juzgar sobre las elecciones practicadas por el Poder Legislativo de las provincias (salvo el caso de la ciudad de Buenos Aires), y las que tiene la Cámara de Diputados, que juzga acerca de la elección realizada por el pueblo.

Para resumir, podemos decir que, mientras continúe en vigencia el sistema actual, el Senado podrá impugnar la validez del *título-derecho-elección* en cuatro supuestos típicos:

- a) Existencia coetánea y paralela de dos cuerpos que se atribuyen la calidad de "legislatura".
- b) Doble elección de senadores.
- c) Falta de *quorum* en la sesión de la legislatura.
- d) Elección hecha en una sesión común y no en una especial convocada con el objeto de elegir senador nacional (Cámara de Senadores, *Diario de Sesiones*, 29/30 de noviembre de 1989).

Creemos que a partir de la reforma y hasta el 2001 es sustancial —conforme a lo que dispone la cláusula transitoria 4ª, penúltimo párrafo— que los senadores hayan sido propuestos por los partidos políticos o alianzas electorales. De modo tal —rei-

teramos lo expuesto— que las legislaturas sólo ratifican la designación hecha por los partidos (ver p. 113).

El Reglamento del Senado dispone que éste debe expedirse no sólo sobre los diplomas de los senadores titulares sino también acerca de los de los suplentes, es decir, de quienes no tienen un derecho actual sino eventual a una banca. La disposición es criticable y ha sido salvada mediante la previsión de que “la aprobación de los diplomas de los electos como suplentes no obstará a que, en la eventual oportunidad de su incorporación, se examine y se juzgue por el cuerpo cualquier circunstancia sobreviniente relativa al cumplimiento de los requisitos de elegibilidad previstos por el art. 55 de la Constitución Nacional”. Es decir que, en última instancia, la aprobación del diploma no hace cosa juzgada acerca del cumplimiento de las condiciones. Debe entenderse que esto es extensivo también a las impugnaciones acerca de la idoneidad moral sobreviniente a la elección.

En cambio, en relación con la elección de diputados las irregularidades en el proceso electoral corresponden, como hemos visto, a la justicia electoral. En consecuencia, la impugnación del diploma puede referirse sólo a la falta de los requisitos establecidos en el art. 48.

2. Facultades disciplinarias.

El art. 66 atribuye a cada una de las Cámaras la facultad de, “con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones”.

Cada Cámara tiene facultades privativas para establecer qué faltas son las que autorizan a corregir a sus miembros. Ni el reglamento de Senadores ni el de Diputados señalan cuáles son esas faltas. Ambos se limitan a decir que la Cámara, a moción de uno de sus miembros, decide si ha llegado el momento de aplicar la facultad que le acuerda el art. 66 y en ese caso el presidente nombra una comisión que proponga la medida que corresponda. Existe unanimidad en la doctrina acerca de que, para todas las medidas que autoriza el art. 66, las mayorías se computan sobre los miembros presentes, como se indica en la última parte del artículo que se refiere a la aceptación de las renunciaciones.

3. Remoción.

Cada una de las Cámaras tiene también facultades para remover a sus miembros por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación (art. 66). Para el caso de remoción rigen los mismos principios generales, las mayorías y el procedimiento indicados en el punto anterior. Sólo debemos aclarar que la inhabilidad puede ser tanto física como moral, es decir, ética, y que ella debe fundarse en hechos posteriores al momento de la incorporación. En 1993, el Senado decidió separar de su seno a la senadora Alicia Saadi, a raíz de irregularidades que se habían cometido respecto de su reelección para un período posterior. Se entendió que había incurrido en una inhabilidad de tipo ético.

4. Aceptación de las renunciaciones.

Esta facultad corresponde también a cada una de las Cámaras. Para aceptar la renuncia es suficiente la mayoría absoluta de los miembros presentes.

En el caso que vimos en el apartado anterior se discutió si un senador podía retirar su renuncia antes de que ella fuera tratada por el cuerpo.

El problema debe ser enfocado teniendo en cuenta principios de derecho público, dado que la posibilidad de aceptación de la renuncia deriva del texto expreso de la Constitución, y de derecho privado, en tanto la Corte Suprema de Justicia, desde muy antiguo, ha reconocido la validez de la aplicación de las normas del derecho civil al derecho público, "en cuanto ambas representan construcciones jurídicas basadas en la justicia" ("Fallos", 192:152 y sus citas).

El principio general aplicable a las renunciaciones y a su retractación es el que privilegia la permanencia en sus cargos de los funcionarios cuyo mandato tiene origen en la voluntad popular; es por eso que, en principio, debe aceptarse la retractación de la renuncia. En el caso de los miembros del Senado, este principio tiene mayor consistencia, ya que uno de los principios básicos del sistema es la igualdad de representación de las provincias en este cuerpo.

F) FUNCIONAMIENTO DEL CONGRESO

1. *Quorum* y votaciones.

“Ninguna... (de las Cámaras) entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros”.

El número de miembros del Senado está establecido en la Constitución y el de la Cámara de Diputados en la ley. Como hemos dicho, en la actualidad son 257. En la práctica parlamentaria, el *quorum* es necesario solamente para abrir las sesiones (“ninguna entrará en sesión”) y para proceder a la votación. En los hechos, las Cámaras siguen sesionando aunque no esté presente la mayoría más uno de sus miembros.

La minoría —como hemos visto— no puede tomar determinaciones, salvo la de “compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá” (art. 64, 2ª parte). El Reglamento de cada una de las Cámaras dispone las atribuciones concretas de las minorías en estos casos. El de la Cámara de Diputados se limita a señalar que “en caso de inasistencia reiterada de la mayoría de los diputados, la minoría podrá reunirse en el recinto para acordar los medios de compeler a los inasistentes” (art. 26).

Las resoluciones de las Cámaras se rigen por dos principios generales: *a*) las votaciones son por la afirmativa o negativa, es decir que no hay abstenciones, y *b*) las resoluciones requieren la mayoría absoluta de los votos emitidos.

La Constitución establece mayorías especiales para la aprobación de determinadas normas. Éstas pueden ser: *a*) las dos terceras partes de la totalidad de los miembros; *b*) las dos terceras partes de los miembros presentes, y *c*) la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros. Si no hay disposición específica, rige el principio general.

Conforme al Reglamento de las Cámaras, siempre deberá indicarse en actas el resultado de cada votación. En el caso de que se susciten dudas respecto del resultado de la votación, cualquier legislador puede pedir rectificación, la que se practicará exclusivamente con quienes hubieren tomado parte en aquélla (Reg. Diputados, art. 179; Senadores, art. 207).

2. Clases de sesiones.

Las sesiones pueden ser preparatorias, ordinarias, extraordinarias o de prórroga.

a) Preparatorias.

En virtud del cronograma electoral en vigencia, los nuevos legisladores se incorporan el 9 de diciembre, y según el texto de la reforma de 1994, las sesiones ordinarias comienzan el 1 de marzo. En consecuencia, los Reglamentos de las Cámaras han previsto dos fechas para las sesiones que podemos denominar preparatorias. El 24 de febrero de cada año las Cámaras se reúnen en sesiones preparatorias, a fin de designar autoridades y fijar los días y horas de las sesiones ordinarias.

El 29 de noviembre de cada año que hubiere renovación de Cámara, éstas se reúnen para incorporar a los legisladores electos y para expedirse sobre los diplomas.

b) Ordinarias.

“Ambas Cámaras se reunirán *por sí mismas* en sesiones ordinarias todos los años desde el primero de marzo hasta el treinta de noviembre” (art. 63, 1ª parte).

La frase *por sí mismas* ha sido incorporada por la reforma de 1994, la que también amplió la duración del período ordinario. Esta inclusión tiene como objeto terminar con la polémica acerca de si el Congreso podía iniciar sus sesiones ordinarias sin la convocatoria del Ejecutivo. Hoy es inequívoco que puede hacerlo. No obstante, la reforma no modificó el art. 99, inc. 8, que establece como atribución del presidente que “hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso”.

En la historia institucional argentina, el comienzo de las sesiones del Congreso fue inestable, y desde 1912 hasta 1947 la regla fue la demora en la iniciación de las sesiones. Desde 1863 hasta 1928 hubo 12 casos en los que el presidente estuvo ausente en la sesión de inauguración (Guillermo Molinelli, p. 12). Recién a partir de 1947 las sesiones ordinarias han comenzado regularmente en la fecha fijada por la Constitución. De hecho, la historia del Congreso indicaba que nunca se había autoconvocado a sesiones ordinarias.

La inclusión de la frase *por sí mismas* ratifica el principio aceptado por la doctrina de que las Cámaras pueden reunirse por sí solas sin la necesidad de la convocatoria del presidente, dado que aquella formalidad es simple ritualismo (González Calderón, op. cit., ps. 548 y 549; Linares Quintana, *Tratado...*, t. 8, n° 5174) y no puede quedar indirectamente en el arbitrio del presidente el hecho de fijar la fecha de iniciación.

En el período ordinario las Cámaras fijan el temario a tratar.

c) Extraordinarias.

Ambas Cámaras también pueden “ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la Nación...” (art. 63, 2ª parte; antes 55, sin reformas). A su vez, el art. 99, inc. 9 (sin reformas), dispone como atribución del presidente que “*prorroga las sesiones ordinarias del Congreso, o lo convoca a sesiones extraordinarias, cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera*”.

No hay acuerdo en la doctrina acerca de si una vez que el Congreso ha sido convocado a sesiones extraordinarias puede tratar otros temas además de los establecidos en la convocatoria. Linares Quintana y Rafael Bielsa dan una respuesta afirmativa. Pablo Ramella y González Calderón se pronuncian por la negativa.

Por nuestra parte, creemos que una interpretación armónica indica que la constitución, en materia de sesiones, se ha decidido por una limitación de la independencia del Congreso como poder legislador. En este sentido, limita el período de sesiones ordinarias y decide que el presidente “convoca a sesiones extraordinarias, cuando *un grave interés* de orden o de progreso lo requiera (art. 99, inc. 9), lo que lo convierte en juez exclusivo en la materia. No obstante, siguiendo a González Calderón (*Curso...*, p. 551) y a Ramella (*Derecho Constitucional*, p. 658), entendemos que las Cámaras pueden, en sesiones extraordinarias, considerar los asuntos que son competencia privativa de cada una de ellas, como los acuerdos senatoriales; los vinculados a su propio funcionamiento, como las cuestiones de privilegio, desafuero, correcciones disciplinarias y renuncia de sus miembros, y avocarse también a competencias no legislativas, como el juicio político.

d) De prórroga.

Los arts. 63 y 99 también autorizan que las sesiones de las Cámaras se prorroguen; en estas sesiones el Congreso fija su temario. No hay tampoco acuerdo en la doctrina acerca de si el

Congreso tiene atribuciones para ello o si es prerrogativa del Poder Ejecutivo. La práctica parlamentaria indica que dicha prórroga ha sido decidida invariablemente por aquél.

3. Comisiones.

Las comisiones legislativas no estaban previstas en el texto constitucional de 1853/60, pero funcionan desde el primer reglamento del Senado de 1868. La reforma de 1994 —como veremos más adelante—hace expresa referencia a estos órganos.

Las comisiones pueden ser permanentes o especiales; también pueden ser unicamerales o bicamerales. Las comisiones permanentes cumplen el papel de órganos asesores; las bicamerales pueden ser creadas por una resolución conjunta de ambas Cámaras o por la ley. Como veremos *infra*, la reforma de 1994 ha previsto la creación de una Comisión Bicameral Permanente.

Ya nos hemos referido a las comisiones investigadoras, que son un tipo de comisiones especiales (ver ps. 123 y 124).

Las permanentes están enumeradas en el Reglamento de las Cámaras. Son la de Labor Parlamentaria que, como su nombre lo indica, confecciona los planes de labor y los órdenes del día, y las Comisiones de Asesoramiento, que dictaminan sobre los proyectos antes de su tratamiento por el plenario de la Cámara. Podemos decir que, en líneas generales, cada una de ellas se dedica a una rama específica del conocimiento jurídico o de las competencias propias del gobierno nacional.

En principio, todo proyecto, antes de su discusión, requiere dictamen de comisión. Para que un proyecto sea tratado por alguna de las Cámaras sin este requisito se precisa una moción especial que debe tener la aprobación de los 2/3 de los votos emitidos. Es lo que el derecho parlamentario denomina tratamiento *sobre tablas*.

Al estudiar el procedimiento para la sanción de las leyes nos referiremos a la delegación en las comisiones de la aprobación en particular, es decir, de cada uno de los artículos de un proyecto que prevé el art. 79, que fue incluido por la reforma de 1994.

G) LA COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE

Hemos visto que las comisiones pueden ser especiales o permanentes; y unicamerales o bicamerales. Recordamos también

que la Constitución de 1853/60 no preveía la existencia de estos organismos, cuyo objeto es facilitar la labor legislativa. No existe ley al respecto, por lo que se rigen por los Reglamentos de cada una de las Cámaras.

La reforma de 1994 dispone la creación de la Comisión Bicameral Permanente en el art. 99, inc. 3, párrafo 3º, que trata acerca de los decretos de necesidad y urgencia. Esta norma está incluida en el Capítulo de las Atribuciones del Poder Ejecutivo, dado que el objetivo de la Comisión Bicameral es disponer una limitación a atribuciones que —aunque no estuvieran previstas en el texto de la Constitución de 1853/60— el Poder Ejecutivo ha ejercido tradicionalmente. La reforma de 1994 ha delegado su control en un órgano que representa al conjunto del Poder Legislativo.

También menciona la intervención de la Comisión el art. 100, inc. 12, que se refiere a las atribuciones del jefe de gabinete en los casos de delegación de facultades legislativas, e indirectamente el art. 80, relacionado con la promulgación parcial, que prevé que “en este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia”.

El art. 99, inc. 3, indica en forma inequívoca la necesidad de que la composición y las atribuciones de la Comisión Bicameral sean reglamentadas por ley:

“Una *ley especial* sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará *el trámite y los alcances de la intervención del Congreso*”. Es decir que, por mandato constitucional, la composición y el procedimiento aplicable a la Comisión deben ser regulados por ley especial, que tiene una mayor rigidez que las leyes ordinarias, dado que debe ser sancionada por la *mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara*. Desde nuestro punto de vista, es indudable que estas mayorías se requerirán también para el caso de que estas leyes sean, más tarde, objeto de reforma.

1. Composición y funciones.

La segunda parte del primer párrafo expresa que la composición de la Comisión “*deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara*”. Ésta es una prerrogativa de cada Cámara. Es decir que, una vez que la ley fije el número de miembros que correspondan, ellas determinarán cuál es la proporción que respeta las “representaciones políticas”. En

nuestra opinión —esto ha sido incluido en todos los proyectos presentados al respecto—, ambas Cámaras deben estar representadas por el mismo número de miembros.

Una vez organizada por ley, la Comisión deberá dictaminar en los siguientes casos:

a) Cuando el presidente haya emitido por decreto, invocando razones de necesidad y urgencia, una disposición de carácter legislativo. En este caso, la Comisión deberá, en el plazo de diez días, elevar al plenario de cada Cámara un despacho que exprese si se han dado los requisitos que fija la Constitución. Es decir, si han existido circunstancias excepcionales que hicieron imposible seguir los trámites ordinarios y, en cuanto a la materia, que no se trate de alguna de las expresamente excluidas.

b) Cuando el presidente hubiera ejercido facultades legislativas delegadas por el Congreso (art. 100, inc. 12), la Comisión deberá controlar que la delegación se haya ejercido dentro del plazo y en el ámbito material que fija la Constitución.

c) Cuando el presidente hubiera promulgado parcialmente un proyecto de ley sancionado por el Congreso. En este caso, la Comisión deberá, en el plazo de diez días, elevar al plenario de cada Cámara un despacho acerca de si la parte promulgada tiene autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso (art. 80).

Volveremos sobre el tema cuando tratemos en forma específica cada una de estas facultades del Poder Ejecutivo. Sólo nos resta reiterar que esta ley aún no se ha sancionado.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Conceptos generales:

Guillermo Molinelli, *Presidentes y Congresos en la Argentina*, Grupo Editor Latinoamericano, Bs. As., 1991.

Arturo Pellet Lastra, *El Congreso por dentro*, Saint Claire Editora, Bs. As., sin fecha.

Alberto R. Zarza Mensaque, *El Congreso en la Argentina finisecular*, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba, 1986.

Inmunidades de los legisladores:

Carlos E. Colautti, *La inmunidad de expresión de los miembros del Congreso*, "L.L.", 1989-A, p. 878.

Felipe Seisdedos, *Algo acerca de la inmunidad de opinión*, "E.D.", 114-898.

Comisiones:

José Cruz Pérez Nieves, *Comisiones parlamentarias de enlace y receso*, "L.L.", 1994-C, p. 1027.

Comisiones investigadoras:

Enrique Aftalión, *El empresario ante las comisiones investigadoras*, "L.L.", 93-830.

Alberto Bianchi, *Los poderes de investigación del Congreso. Fundamento constitucional, contenido y límites*, "L.L.", 1984-D, p. 1030.

— *Algo más sobre las Comisiones Parlamentarias de Investigación*, "L.L.", 1984-D, p. 545.

Carlos E. Colautti, *Las facultades de investigación del Poder Legislativo y la división de poderes*, "L.L.", 1983-D, p. 947.

Juan Carlos Luqui, *Las consecuencias de un error "in limine"*, "L.L.", 1985-A, p. 97.

Julio Oyhanarte, *La Comisión Investigadora de la Provincia de Buenos Aires*, "L.L.", 80-693.

CAPÍTULO VIII

SANCIÓN DE LAS LEYES

A) INICIATIVA

1. Principio general.

El art. 77 describe el principio general:

“Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo...”. Es decir que tanto los legisladores como el Poder Ejecutivo pueden elevar proyectos a la consideración del Congreso. Hemos visto que, en general, los proyectos, antes de su debate en el plenario, son sometidos a dictamen de la o de las comisiones respectivas.

Los constituyentes de 1853 se apartaron en la materia de la Constitución de Estados Unidos, que no habilita al Poder Ejecutivo a presentarlos. Esta habilitación, que constituye un acierto institucional, responde a nuestra tradición, en razón de que ya estaba prevista en la Constitución de 1826 (art. 59) y se reiteraba en el Proyecto de Alberdi (art. 71).

En efecto, dado que el presidente es el jefe político de la administración, dirige la política interna y exterior y maneja las finanzas, está en óptima situación para calibrar cuáles son las necesidades legislativas inmediatas. La atribución está vinculada con la del art. 99, inc. 3, que indica que *“participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución...”*.

Conforme a los Reglamentos de las Cámaras, todo proyecto presentado por el Poder Ejecutivo pasa directamente a comisión, es decir que es obligatorio que éstas se dediquen a su estudio. Los presentados por los legisladores, en cambio, se anuncian en la sesión en la que tengan entrada y la Cámara puede decidir

su pase a comisión o su postergación temporaria, y hasta su archivo.

No es totalmente exacto que la mayoría de las leyes sean preparadas e iniciadas por el Poder Ejecutivo. Guillermo Molinelli advierte que “los datos disponibles sobre la realidad argentina sugieren que, a través de los años, la iniciativa legislativa ha estado repartida entre el presidente y el Congreso alrededor de un eje de 50%”. Concluye que se trata de “una distribución que en definitiva coincide con la idea original de Alberdi de darle al presidente un rol mayor que en el modelo norteamericano” (*Presidentes y Congresos en la Argentina*, p. 50).

2. Excepciones.

Por excepción, algunas leyes, por imperativo constitucional, sólo pueden ser iniciadas en una de las Cámaras.

a) Iniciativa exclusiva de Diputados.

1. El art. 52 (antes 44, sin cambios) dispone:

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

El dilema acerca de qué debe entenderse por “leyes sobre contribuciones” ha sido objeto de larga discusión en el derecho parlamentario. Hemos de omitir referirnos a los antecedentes históricos que podemos rastrear desde la Carta Magna de 1215.

Pero, como concepto general, nos parece conveniente recordar que parte de la doctrina, tanto argentina como norteamericana, sostiene que la iniciativa por la Cámara de Diputados se fundamenta en que ésta es el órgano representativo de la voluntad popular, mientras que la Cámara de Senadores representa a las provincias.

La creación de tributos constituye una excepción al principio general de que *“las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso”*, en virtud de que las contribuciones pueden recabarse a los ciudadanos sólo si éstos han dado su consentimiento, el que se exterioriza por medio de la Cámara investida de la mayor representación popular. Como toda excepción, debe ser interpretada en forma restrictiva, lo que hace necesario distinguir al menos dos situaciones:

a) Si el nuevo proyecto tiene por único objeto *desgravar o disminuir* impuestos o contribuciones.

En ese caso, cuando la ley no implica el establecimiento de una carga adicional para los habitantes, no se justifica el privilegio de la Cámara de Diputados y puede ser iniciada en ambas salas.

b) Si el proyecto de ley implica propósitos más amplios pero, no obstante, se crean impuestos incidentalmente.

Con motivo de la sanción de la ley 12.161 —iniciada en el Senado de la Nación—, que al modificar el Código de Minería creó una contribución, el caso fue planteado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“*Petrus S.A. de Minas c/Nación Argentina*”, “*Fallos*”, 210:855, 1948).

El tribunal desestimó la alegación de inconstitucionalidad con fundamento en la no justiciabilidad de los temas referentes a las formas y modalidad de sanción de las leyes, en virtud de que con posterioridad la norma había sido aprobada por la Cámara de Diputados. Pero el dictamen del procurador general de la Nación se refirió al tema afirmando que “ha de recordarse que se trataba de una ley de reformas al Código de Minería y como tal pudo tener origen en cualquiera de ambas Cámaras”. La Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado emitió, en 1985, un dictamen en el cual se estableció el siguiente criterio de distinción:

a) En aquellos proyectos que claramente crean contribuciones, su iniciativa corresponde a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

b) Los que contienen normas sobre desgravación impositiva, en tanto esas normas no generen indirectamente cargas impositivas nuevas para otros contribuyentes, pueden ser iniciados indistintamente en una u otra Cámara (*Diario de Sesiones del Senado*, 1985, p. 337).

2. Conforme al art. 39, incluido por la reforma de 1994, “*los ciudadanos tienen derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses*”. En el Capítulo V hemos visto las formas de democracia semidirecta y, entre ellas, la iniciativa popular. Sólo queremos agregar aquí que este texto indica con claridad que los proyectos de ley que emanen de la iniciativa popular deben presentarse en la Cámara de Diputados y, por tanto, el “expreso tratamiento” que debe dar el Congreso al proyecto dentro del término de doce meses deberá iniciarse en esta Cámara. Es claro que el término *tratamiento*

indica que su discusión debe comenzarse dentro del plazo fijado y que queda abierto el lapso para la aprobación o rechazo del proyecto.

3. El art. 40 —también incluido por la reforma de 1994— distingue entre consulta popular vinculante y no vinculante. El primer caso está contemplado en el párrafo 1° del artículo que, en lo pertinente, dice: “El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley”. Este tema fue tratado con anterioridad (Capítulo V). Sólo queremos agregar que la ley de convocatoria —que no puede ser vetada por el Poder Ejecutivo— debe iniciarse en la Cámara de Diputados. La Cámara de Senadores actúa como revisora.

El segundo párrafo, por su parte, establece: “*El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante*”. En este caso no establece ninguna excepción al concepto general de que las leyes “pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso”. Esto también lo distingue de la consulta vinculante.

b) Iniciativa exclusiva de Senadores.

1. En el apartado 5, Capítulo VI, nos hemos referido a las formalidades que debe tener la ley-convenio, prevista en el inc. 2 del art. 75, que debe dictarse antes de la finalización de 1996 y que regulará la distribución de los impuestos coparticipados. Esta ley especial, que controlará una parte sustancial de los recursos de los que podrán disponer las provincias, debe tener por Cámara de origen el Senado. El objeto de esta prerrogativa del Senado es asegurar que la iniciativa parta de la rama del Poder Legislativo que representa a las autonomías provinciales.

2. La reforma de 1994 ha incluido expresamente entre las atribuciones del Congreso la de “*promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones*” (art. 75, inc. 19). Estas leyes pueden incidir sobre el principio de igualdad entre las provincias. Por tal motivo, la Constitución ha dispuesto que tengan origen en la Cámara de Senadores.

B) CADUCIDAD DE LOS PROYECTOS

Hemos visto que tanto los legisladores como el Poder Ejecutivo pueden presentar al Congreso proyectos de ley. Hemos

analizado también que aquéllos, en general, antes del tratamiento en el plenario pasan a las comisiones respectivas para que éstas dictaminen. Ocurre que por muy distintos motivos la comisión puede entender que el proyecto carece de interés inmediato y decide no considerarlo.

Asimismo, puede suceder que, aun con dictamen de comisión, la Cámara donde se ha presentado el proyecto entienda que su tratamiento carece de interés.

Finalmente, también puede ocurrir que cuando un proyecto es aprobado por una de las Cámaras, la revisora entienda que aquél carece de interés o de oportunidad.

Como resulta inconveniente para la labor legislativa que los proyectos puedan considerarse en trámite por un tiempo indefinido, el Congreso, desde 1890, reguló por ley los requisitos y lapsos para su caducidad.

La norma vigente (ley 13.640, 1949) dispone que los proyectos caducarán cuando no obtengan sanción de una de las Cámaras durante el año parlamentario en que tuvieron entrada o en el siguiente. Cuando tengan sanción de una de ellas, el plazo de caducidad se prorrogará por un año más. Por año parlamentario se entiende el período de las sesiones ordinarias. Éstas comienzan el 1 de marzo y concluyen el 30 de noviembre (art. 63). Es decir que en el primer supuesto los proyectos caducan el 30 de noviembre del año siguiente de aquel en que fueron presentados. En caso de media sanción, el plazo para que se produzca la caducidad se prorroga por un año más.

Están exceptuados de la caducidad:

- a) los proyectos de códigos;
- b) los tratados con naciones extranjeras;
- c) los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo sobre provisión de fondos para pagar los créditos contra la Nación o las reclamaciones de los particulares contra la Nación (ley 13.640, art. 3).

C) PROCEDIMIENTO PARA LA SANCIÓN DE LAS LEYES

L. Aprobación en general y en particular.

Como advertencia, debemos recordar que para que haya sanción es necesario que ambas Cámaras se pronuncien sobre un texto determinado.

El art. 84 (antes, art. 73, sin reforma) expresa¹:

“En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso,... decretan o *sancionan* con fuerza de ley”.

Producida la sanción, si el texto aprobado cuenta con el consentimiento del Poder Ejecutivo, éste promulga la ley. La promulgación también puede ser parcial, según lo que veremos oportunamente.

Asimismo, es necesario recordar que, en virtud de la práctica parlamentaria recogida en los Reglamentos de las Cámaras, todo proyecto de ley es sometido primero a una votación en general y luego a una votación en particular, artículo por artículo o, en su caso, período por período.

Conforme al Reglamento del Senado (art. 172), podemos advertir tres situaciones:

a) “Cerrada que sea la discusión y hecha la votación, si resultase desechado el proyecto en general, concluye toda discusión al respecto”;

b) “si resultase aprobado se pasará a su discusión en particular”;

c) “o se procederá de acuerdo con el art. 79 de la Constitución Nacional”. Es decir que se delegará en las comisiones —como veremos más adelante— su aprobación en particular.

En lo que se refiere a los trámites necesarios para llegar a un acuerdo entre ambas Cámaras podemos distinguir las siguientes situaciones.

a) Acuerdo acerca de la sanción de origen.

El art. 78 (antes, 69, sin reforma) dispone:

“Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley”.

Esta norma no ofrece dificultades para su interpretación, dado que significa el acuerdo de ambas ramas sobre un texto determinado, tanto en general como en particular. Según el Reglamento de las Cámaras, la revisora, además de comunicar la sanción al Poder Ejecutivo, debe hacerlo a la otra Cámara.

¹ La reforma es intrascendente pues se ha suprimido la expresión abreviada “etcétera”: “etc.”.

b) Desacuerdo total acerca de la sanción de origen.

“Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año” (art. 81, párrafo 1°).

Esto significa que existe un desacuerdo total acerca de la oportunidad o conveniencia de las soluciones propuestas, es decir que en la votación en general el proyecto fue rechazado.

Para evitar la recurrencia de proyectos que ya fueron desestimados en la votación en general, la Cámara iniciadora no puede insistir en aquéllos. Desde nuestro punto de vista, la insistencia no puede ser ejercida ni en las sesiones ordinarias ni en las extraordinarias, sino que debe esperarse al próximo período ordinario.

La reforma de 1994 ha incluido un segundo párrafo en esta norma:

“Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora”. Esto para subrayar que sólo la Cámara revisora puede bloquear la sanción de la ley. De esto se desprende también que la Cámara de origen debe tratar las adiciones o enmiendas de la Cámara revisora, pues si le está vedado *rechazar* expresamente el proyecto que tuvo su origen en ella, no podrá lograr el mismo efecto por la vía de la caducidad, es decir, evitando su tratamiento. Entiendo que la Cámara de origen debe tratar las enmiendas antes del vencimiento del período parlamentario siguiente a aquel en que la revisora aprobó la enmienda (art. 1, ley 13.640). Caso contrario, la presidencia de la Cámara revisora puede enviar el proyecto sancionado al Ejecutivo para su examen, el que si lo aprueba lo promulga como ley (art. 78). No obsta a esta solución el nuevo texto del art. 82, que excluye la sanción ficta. Esta regla se limita a indicar que para que un proyecto tenga sanción debe *ser tratado* por ambas Cámaras. Es claro que la Constitución no exige coincidencia de ambas.

c) Desacuerdo parcial acerca de la sanción de origen.

En este tema, la reforma de 1994 ha simplificado los trámites. El núcleo de la reforma es el siguiente:

“Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, *deberá indicarse el resultado de la votación* a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas

por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes”.

A partir de esta innovación al texto anterior, el art. 81 establece los siguientes principios:

a) “La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora”.

b) Si la votación en la revisora fuese por mayoría, la Cámara de origen podrá aceptar en todo o en parte las adiciones o correcciones de la revisora o insistir en su sanción también por mayoría. Es decir que la mayoría de la cámara de origen prevalece sobre la mayoría de la revisora y aquélla puede aceptar alguna de las correcciones y rechazar el resto.

c) Si la votación en la revisora fuese por mayoría de las dos terceras partes, la de origen necesitará también de las dos terceras partes de los votos para insistir en su sanción. Si no logra esta mayoría, la sanción de la revisora pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. O sea que, en caso de disenso, los dos tercios de los votos de la Cámara de origen prevalecen sobre los dos tercios de la Cámara revisora.

2. La delegación en comisiones.

La reforma de 1994 habilita a las Cámaras para que, una vez que aprueben un proyecto en general, deleguen en una o más comisiones su aprobación en particular. El art. 79 dispone las siguientes pautas:

a) “Cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros”.

b) “La Cámara podrá, con igual número de votos, dejar sin efecto la delegación y retomar el trámite ordinario”. Es una consecuencia de la regla que dice que el delegante puede revocar la delegación.

c) “La aprobación en comisión requerirá el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros”.

d) A su vez, el Reglamento de las Cámaras dispone que las votaciones deberán ser nominales.

Estas pautas son claras y no requieren otros comentarios.

En cambio, desde nuestro punto de vista, la última parte del artículo que expresa que “una vez aprobado el proyecto en

comisión, se seguirá el trámite ordinario” merece alguna precisión, dado que debemos correlacionarlo con el art. 82, que dispone que “la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. La conclusión es que, una vez que la Comisión aprueba en particular cada uno de los artículos del proyecto, éste pasa de nuevo al plenario, el que lo pasa a la otra Cámara.

D) PROMULGACIÓN, APROBACIÓN Y PUBLICACIÓN

Hemos visto que la sanción de los proyectos de ley opera cuando ambas Cámaras se pronuncian sobre un texto determinado. No obstante, para que la ley tenga definitiva vigencia es necesaria la ulterior intervención del Poder Ejecutivo, el que “participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar” (art. 99, inc. 3).

La reforma de 1994 ha puesto claridad sobre el interrogante de las atribuciones del Poder Ejecutivo en la formación de las leyes, pues del texto anterior sustituyó “sanciona” por “hace publicar”², con lo cual es inequívoco que el Congreso sanciona las leyes y que la participación del Poder Ejecutivo consiste en su promulgación y publicación.

Estos dos últimos actos deben ser diferenciados. González Calderón define la *promulgación* como el “acto por el cual el presidente pone en conocimiento del país la ley sancionada, consiste en la *divulgación* de la ley” (*Curso...*, p. 607), lo que implica cierta equiparación entre publicación y promulgación.

Parece más específico el concepto de Eduardo F. Luna, quien entiende que la promulgación es “el acto solemne por el cual el jefe de Estado atestigua la existencia de la ley y ordena su cumplimiento” (p. 357). Se concreta mediante el decreto que dicta el Poder Ejecutivo, teniendo por ley de la Nación el proyecto sancionado por el Congreso. La *promulgación* siempre es expresa, y es práctica constitucional que junto con la promulgación el Poder Ejecutivo ordena la publicación. Cuando hagamos referencia al veto y a la insistencia del Congreso, veremos que el art. 83 distingue con

² El art. 86, inc. 4, de la Constitución de 1853 disponía: “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las sanciona y promulga”.

claridad entre promulgación y publicación. Podemos adelantar que las leyes generan efectos para el Estado desde su promulgación, pero sólo su publicación las hace obligatorias respecto de terceros.

Puede darse también el caso de *aprobación* tácita de la ley. En efecto, el art. 80, párrafo 1º (antes, art. 70, sin reformas), dispone: “*Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles*”. La ley queda promulgada. A partir de ese acto, el Poder Ejecutivo debe ordenar la publicación.

E) VETO E INSISTENCIA

La primera observación que debemos hacer es que la Constitución no utiliza el vocablo “veto”, sino que se refiere a proyecto desechado. Aquella palabra pertenece al derecho inglés, cuyo ejercicio constituyó una prerrogativa de la Corona y también de la Cámara de los Lores. Tampoco la utiliza la Constitución de Estados Unidos, que se refiere a que las leyes tienen que ser aprobadas (*approved*) por el presidente.

Dentro del plazo de diez días, el presidente puede desechar el proyecto; lo puede hacer en forma total, es decir, en todos sus artículos, o en forma parcial. Este veto es suspensivo, dado que el proyecto vuelve a la Cámara, y aunque el veto sea parcial la norma no se promulga en ninguna de sus partes. Debe distinguirse, por tanto, de la promulgación parcial que veremos luego.

1. Veto suspensivo.

El procedimiento para el veto suspensivo total o parcial previsto por el art. 83 (antes, 72), que no ha sido modificado en 1994, es el siguiente:

a) “Desechado en todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, *vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen...*”.

Es decir que el Ejecutivo devuelve el proyecto sin promulgar y debe fundar las objeciones que éste le merece. Con ellas, lo envía a la Cámara de origen.

b) “...Ésta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión...”. Se entiende que los dos tercios de votos se computan sobre los miembros presentes.

c) "Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, *el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación*". En este caso, la promulgación es obligatoria.

d) "Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por *sí* o por *no*; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa".

La publicación por la prensa puede ser ordenada por el presidente de la Cámara revisora, dado que ésta es la que convirtió en ley el proyecto. Este artículo hace claro distingo entre promulgación y publicación.

La última parte establece el principio de que si, después de que el proyecto vuelve con sus objeciones, las Cámaras no logran mayorías como para insistir sobre su sanción, el proyecto no puede repetirse: "*Si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año*".

2. Promulgación parcial.

Promulgación parcial y veto parcial son términos correlativos, pero existe una diferencia sustancial: al ejercer el veto suspensivo total o parcial, el presidente devuelve *todo* el texto de la ley a la Cámara iniciadora con el objeto de que el Congreso pueda insistir en su sanción. En la promulgación parcial, en cambio, el Poder Ejecutivo desecha parcialmente un proyecto aprobado por el Poder Legislativo y promulga la parte restante. Es decir que el veto no tiene efectos suspensivos sobre la parte de la ley que el presidente promulga.

Recordamos que el art. 83 (antes, 72, sin reforma) expresa: "Desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve a la Cámara de su origen...". Forzando la interpretación de este texto, el Ejecutivo, en diversas ocasiones, había decidido la promulgación parcial de las leyes, sobre todo en el caso de artículos aislados incluidos en la ley de presupuesto, que era promulgada recurriendo al veto parcial.

Hemos visto que, en general, la forma en la que se sancionan las leyes es una cuestión no justiciable, que el Poder Judicial se abstiene de conocer. En este sentido, la Corte, hasta el año 1967, había confirmado la constitucionalidad de leyes, a pesar de que el Poder Ejecutivo había desechado una parte y promulgado sólo parcialmente el texto restante. No obstante, en 1967, el tribunal

(“Colella c/Febré y Basset”, CS, agosto 9-967, “D.T.”, 1967, p. 471) declaró la inconstitucionalidad de la promulgación parcial de la ley 16.881 de reformas al contrato de trabajo, con fundamento en que dicha promulgación no había respetado la unidad de la ley. “Esta Corte —afirmó— considera que el proyecto sancionado por el Congreso constituía un todo inescindible, de modo que las normas no promulgadas no han podido separarse del texto total sin detrimento de la unidad de éste”. Añadiendo que, en el caso, “no podía asegurarse que el Congreso hubiera sancionado el proyecto en caso de excluirse —como ocurrió— alguna de sus normas capitales”.

La reforma de 1994 ha admitido la promulgación parcial en el art. 80:

“Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. *Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso...*”.

El texto que el Ejecutivo promulgue debe tener autonomía normativa y no puede alterar ni el espíritu de la ley, requisito semejante al del art. 99, inc. 2 (antes, 86, inc. 2), ni su unidad. Es decir, debe tener coherencia interna y respetar la política diseñada por el legislador. Esto coincide con los requisitos indicados por la jurisprudencia y anticipados en el derecho público provincial por el art. 114 de la Constitución de Córdoba³.

El art. 80 finaliza diciendo: “*En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia*”.

Remite, por tanto, a lo dispuesto en el art. 99, inc. 3:

“...serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente... Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras”.

Es decir que el trámite constitucional es el siguiente:

³ Art. 114 (segundo párrafo): “Vetada en parte una ley por el Poder Ejecutivo éste sólo puede promulgar la parte no vetada si ella tuviera autonomía normativa y no afectare la unidad del proyecto, previa decisión favorable de la Cámara de origen”.

a) La promulgación parcial y sus objeciones deben ser decididas en acuerdo general de ministros, los que deberán refrendarla, juntamente con el jefe del gabinete de ministros (art. 99, inc. 3, párrafo 3°).

b) El jefe de gabinete personalmente y dentro de los diez días someterá el texto promulgado por el Poder Ejecutivo a la Comisión Bicameral Permanente.

c) La Comisión hará su despacho *sobre el texto promulgado*, también en el plazo de diez días, y lo elevará a ambas Cámaras.

d) Las Cámaras deben pronunciarse sobre dicho despacho. Pero para que la promulgación quede sin efecto es necesario que ambas se pronuncien en ese sentido.

Por lo tanto, nos inclinamos a pensar que una vez que se haya constituido la Comisión Bicameral Permanente que prevé el art. 99 y que se ponga en práctica el nuevo procedimiento, la constitucionalidad de la promulgación parcial ingresará nuevamente en la esfera de las cuestiones no justiciables, dado que la decisión, conforme a la reforma, vuelve al ámbito del Poder Legislativo.

Esto no es lo que había ocurrido hasta la reforma de 1994, dado que, con sustento en el que hoy es art. 83, el Poder Ejecutivo disponía la promulgación parcial y ese texto promulgado no volvía al Congreso para su revisión o ratificación. El Poder Judicial era entonces quien decidía, como en el caso "Colella" que hemos citado, si la parte promulgada tenía autonomía normativa y no afectaba la unidad del proyecto.

La Constitución nada dice acerca de los efectos. Es obvio que la norma los tiene desde su promulgación, de lo que se deduce que hasta que no exista pronunciamiento en contra de ambas Cámaras, ella estará vigente. La derogación no puede afectar las relaciones jurídicas y los derechos adquiridos durante su vigencia.

F) APROBACIÓN DE LOS TRATADOS

La Constitución, después de la reforma de 1994, establece en sus arts. 75, inc. 1, párrafo 1°, 99, inc. 11, y 75, inc. 24, el procedimiento de aprobación de los tratados. A su vez, recordamos que, desde el punto de vista constitucional, podemos distinguir cuatro tipos de tratados:

a) tratados sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y están incorporados al texto de la Constitución con

precisiones en cuanto al contenido y las directivas interpretativas que la regla menciona (art. 75, inc. 22, párrafo 2°);

b) tratados sobre derechos humanos que, después de ser aprobados, se incorporan con jerarquía constitucional con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras;

c) tratados aprobados, en la forma prevista por la Constitución para los demás tratados, que tienen jerarquía superior a las leyes pero inferior a la Constitución, y

d) tratados de integración, entre los que deben distinguirse los que se concluyan con uno o más países de Latinoamérica y los que se concluyan con otros Estados.

1. Procedimiento ordinario.

El trámite general de aprobación de los tratados no ha sido reformado en 1994. En líneas generales, se desarrolla en tres etapas:

a) La negociación y firma a cargo del Poder Ejecutivo o de sus representantes (ministro del ramo, o embajadores y ministros plenipotenciarios).

b) La aprobación por el Congreso de la Nación, que se realiza por el mismo procedimiento que la sanción de los proyectos de ley.

No obstante, existe una polémica que ha dividido a los autores acerca de si el Congreso tiene competencia para modificar un tratado firmado por el presidente o si sus atribuciones se limitan a aprobar o desechar los tratados, sin poder modificarlos.

Vanossi advierte (*Régimen Constitucional...*, p. 168) que nuestro régimen difiere del parlamentario, en el que el órgano legislativo tiene una estrecha vinculación con el Poder Ejecutivo, y directa o indirectamente participa de las negociaciones. En este tipo de régimen, el Poder Legislativo tiene oportunidad de hacer conocer su opinión durante las tratativas. En nuestro sistema presidencialista, por el contrario, los tratados pueden llegar al Congreso —y de hecho esto ocurre— sin que éste haya participado o tenido conocimiento de sus cláusulas. Podemos advertir que si el Congreso tiene facultades para hacer lo máximo, el rechazo total, debe tenerlas también para lo menos, es decir, para introducir modificaciones.

En los tratados multilaterales, el Poder Ejecutivo puede introducir reservas en el momento de la firma y también de la

ratificación. Parecería, entonces, que no puede negarse al Poder Legislativo la posibilidad de introducir reservas en el momento de la aprobación. El Poder Ejecutivo puede rechazarlas mediante el veto suspensivo previsto en el art. 83, o disponiendo la promulgación parcial, conforme a lo previsto en el art. 80 (párrafos tercero y cuarto).

En el caso de los tratados bilaterales, las modificaciones que incluya el Congreso también pueden ser vetadas o aceptadas por el Poder Ejecutivo. En el primer caso, el presidente puede optar por el veto suspensivo previsto en el art. 83 o por la promulgación parcial siguiendo el procedimiento del art. 80. En el segundo caso, el tratado debería ser renegociado por el Poder Ejecutivo y culminaría con un nuevo procedimiento de aprobación por parte del Congreso.

Los acuerdos de límites significan, desde el punto de vista constitucional, una especie con características propias dentro del género de los tratados. El inc. 15 del art. 75 dispone como atribución del Congreso *“arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación”*.

Creemos que es inequívoco que los verbos “arreglar”, que sustituye a “aprobar” en el inc. 15, o “desechar” (inc. 22) implican que el Congreso tiene facultades para introducir modificaciones o cláusulas interpretativas en el acuerdo a que haya llegado el Poder Ejecutivo. Ello ocurrió desde principios de la organización con el Tratado de Límites suscripto con el Brasil en 1857 y con el Tratado de Límites con Bolivia de 1859. Por su parte, pensamos que el término “definitivamente” implica que la modificación o cláusula interpretativa que imponga el Congreso no puede ser vetada por el Poder Ejecutivo. Los tratados de límites se rigen por una norma específica de la Constitución; en consecuencia, en este caso no rige el precepto del inc. 22 del art. 75.

c) La ratificación por parte del presidente de la Nación. Es una facultad privativa, en virtud de lo dispuesto por el art. 99, inc. 11. Es práctica constitucional que los tratados multilaterales, que han sido negociados y firmados por el Poder Ejecutivo, después de su aprobación por el Congreso se convierten en ley, dado que el presidente, en forma automática, los promulga y ordena su publicación. Pero, para que tengan efectos, tanto en el orden interno como en el orden internacional, es necesario que se cumpla con el trámite de depósito ante el organismo internacional pertinente (ver “Molinari, Juan”, CNCrim. y Correc., Sala VII, junio 12-984, “L.L.”, 1985-D-558).

2. Tratados de integración.

La Constitución, después de la reforma de 1994, distingue, en lo que se refiere a su aprobación, tres tipos de tratados de integración:

a) Aquellos que no delegan competencias, para cuya aprobación rige el procedimiento ordinario.

b) Los que se firmen con uno o más Estados de Latinoamérica y que deleguen competencias. Para su aprobación se requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara (art. 75, inc. 24, párrafo 2º). Es decir que su sanción implica un procedimiento más complejo.

c) Los que se firmen con otros Estados y que deleguen competencias. En estos casos, se prevén dos instancias:

—El Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado.

—El tratado sólo podrá tener aprobación definitiva después de los 120 días de la declaración. Para esta aprobación será necesario el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara (art. 75, inc. 24, párrafo 2º).

La Constitución prevé la denuncia de estos tratados de integración. Para ello es necesario el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara (art. 75, inc. 24, párrafo 3º).

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Aprobación de las leyes:

Eduardo Fernando Luna, *Formación y sanción de las leyes*, en Dardo Pérez Guilhou y otros, *Atribuciones del Presidente Argentino*, Ed. Depalma, 1986, p. 349.

Veto. Promulgación parcial:

Carlos E. Colautti, *Acerca de la promulgación de las leyes*, "L.L.", suplemento del 13/9/94.

Salvador Dana Montaña, *El veto (problemas que suscitan los textos vigentes en el orden nacional y provincial)*, "L.L.", 123-1011.

Mario A. Deveali, *A propósito de la promulgación parcial de la ley 16.881*, "D.T.", 1967, p. 471.

Alberto Robredo, *Promulgación parcial de las leyes. Su inconstitucionalidad*, "L.L.", 127-665.

Jorge Reinaldo Vanossi, *Problemas constitucionales del veto*, "D.T.", 1966, p. 291.

Aprobación de los tratados:

Jorge Reinaldo Vanossi, *Régimen Constitucional de los Tratados*, Ed. El Coloquio, 1969.

CAPÍTULO IX

ATRIBUCIONES DEL CONGRESO

A) FUNCIÓN LEGISLATIVA

1. Poderes implícitos y poderes expresos.

Hemos recordado que nuestra organización federal es en esencia un sistema de competencias delegadas. Esto está expresado de manera inequívoca en el art. 121 (antes, 104, sin reformas): “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”.

La Constitución Nacional, en los 31 incisos del artículo 75, establece las competencias del Congreso Federal, es decir, aquellas que en forma exclusiva o concurrente le han sido delegadas por las provincias.

El último inciso, el 32 (no reformado en 1994), se refiere a las implícitas:

“Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”. Recordamos que en el texto de la Constitución de 1853, antes de la reforma de 1860, en todos los párrafos en los cuales hoy se lee “Nación”, decía “Confederación”. Es decir que el texto se refiere a atribuciones que, a pesar de no haber sido expresamente delegadas, son necesarias al gobierno federal para ejercer los poderes delegados.

La cláusula tiene su antecedente en el art. I, Sección 8ª, párrafo 18, de la Constitución de Filadelfia, que señala como atribución del Congreso Federal “...hacer todas las leyes que sean necesarias y apropiadas para poner en ejecución los antecedentes poderes y todos los otros poderes investidos por esta Constitución en el gobierno de los Estados Unidos o en cualquier secretaría o

funcionario del mismo". Ratifica así la idea de que se trata de atribuciones para poner en ejercicio aquellas competencias que las provincias han delegado en cualquiera de los poderes del gobierno federal.

Consideramos inconveniente hacer reglas generales en esta compleja cuestión de los poderes implícitos del Congreso. El mejor sistema, una vez más, es dilucidar el problema caso por caso. Podemos, no obstante, proponer, siguiendo la idea general de la jurisprudencia norteamericana, que lo sustancial radica en que: a) son medios de acción para que el Congreso ponga en ejercicio las atribuciones delegadas en cualquier rama del gobierno federal; b) tienen que encontrar sustento razonable en algún poder delegado expresamente; y c) el criterio de conveniencia queda al arbitrio del gobierno federal (voto del juez Marshall en "Mac Culloch v/ Maryland", 17 US 316, 1819).

El ámbito de los poderes delegados por las provincias acarrea algunas perplejidades en nuestro sistema. Por una parte, recordamos que el antecedente del art. 121 es el art. 99 del Proyecto de Alberdi, que incluía como calificación de los poderes delegados el término "expresamente". Los constituyentes de 1853 lo suprimieron, con lo cual ampliaron el marco de la delegación. Por otra parte, los módulos que contiene el artículo de las atribuciones del Congreso, aun antes de la reforma de 1994, son tan amplios que si no se acota el significado del inc. 32, las provincias quedarían, en la práctica, privadas de atribuciones. Consideramos que es de acertada lucidez la conclusión de Bidegain (t. III, p. 61) acerca de que es "engañoso seguir describiendo al gobierno federal como un gobierno de facultades «delegadas expresamente» o «limitadas» o «excepcionales». Es evidente que, en los hechos, las competencias federales se incrementan en proporción directa a la disminución de las provinciales. Las características de un sistema en el cual el gobierno federal sólo puede ejercer competencias delegadas se ha desdibujado paulatinamente con el incremento de las competencias federales". Éstas, a partir de la reforma de 1994, han aumentado en forma considerable, básicamente a través de dos vías:

a) La incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución. Éstos contienen, en muchos casos, normas de derecho procesal (p. ej., art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos) que en el texto de 1853/60 eran competencias no delegadas.

b) La incorporación de nuevas atribuciones a través del art. 75, en especial aquella que habilita al Congreso a "promover

políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones”.

2. Leyes federales, comunes y locales.

1. El sistema federal genera una doble vertiente legislativa: la provincial y la federal. El art. 75 establece el campo de las atribuciones que las provincias han delegado en el Congreso de la Nación. En su conjunto, y salvo las excepciones que luego veremos, éstas son las leyes federales que dicta el Congreso y que son aplicadas por los jueces federales. En líneas generales, podemos afirmar que la competencia federal se refiere a asuntos que están relacionados con problemas interjurisdiccionales, sean internacionales o interprovinciales.

2. Pero los constituyentes de 1853, adoptando una idea de Alberdi, establecieron también como competencia del Congreso dictar “los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería...”, esto con el objeto de unificar la legislación, aun en materias que no correspondieran específicamente a la materia internacional o interjurisdiccional propia del gobierno federal. Cuando se realizó la reforma de 1860, la Comisión revisora de la provincia de Buenos Aires advirtió que si no se efectuaba una aclaración en cuanto a la jurisdicción, la aplicación de estas leyes, al igual que las restantes que dicta el Congreso, quedaría a cargo de los jueces federales. Con ello, en la práctica se vaciaría casi por completo la competencia de los jueces locales. En consecuencia, se añadió el párrafo que dice que *“sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”*. Es decir que el Congreso tiene la atribución de dictar los códigos, pero, contrariamente a lo que ocurre con las demás leyes federales, su aplicación corresponde, en principio, a los jueces locales.

La reforma de 1957 añadió el código “del Trabajo y de la Seguridad Social” y la reforma de 1994 incluyó el párrafo *“en cuerpos unificados o separados”*, con el objeto de ratificar —en virtud de lo decidido en forma reiterada y pacífica por la jurisprudencia— que la palabra *código* se refiere a la materia. El Congreso tiene competencia para dictar las leyes que se refieren a las materias civil, comercial, penal, de minería, del trabajo y la seguridad social. Pero estas leyes —como principio general— son aplicadas por los tribunales locales.

En su redacción, después de la reforma de 1994, el inc. 12 del art. 75 fija como atribuciones del Congreso:

“Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los *tribunales federales o provinciales*, según que las cosas o las personas *cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones...*”.

Es decir que corresponde a la Nación dictar la legislación referente a esas materias; los tribunales federales conocerán sobre las causas que versen sobre ellas exclusivamente cuando las personas o las cosas pertenezcan a esta jurisdicción. Corresponde a los tribunales de provincia o nacionales de la Ciudad de Buenos Aires conocer sobre dichas causas si a las personas o a las cosas corresponde la jurisdicción local. Cuando nos referimos a cosas, estamos aludiendo también a lugares, lo que explica, como veremos en el capítulo correspondiente, la jurisdicción federal de excepción en materia penal respecto de los delitos cometidos en lugares de jurisdicción nacional, o en altamar o en buques o aeronaves nacionales.

3. El Congreso de la Nación también dicta leyes para el ámbito local de la Capital Federal. En efecto, el inc. 30 del art. 75 dispone que ejerce “una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación”.

Conforme a lo que expusimos en el Capítulo VI, mientras que la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación, el Congreso continuará ejerciendo las atribuciones legislativas que conservó mediante la ley especial de garantía de los intereses de la Nación. Este principio ha sido ratificado por la cláusula transitoria 7^a, que dispone que “*el Congreso ejercerá en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la Nación, las atribuciones legislativas que conserve con arreglo al artículo 129*”, que es el que consagra la autonomía de la ciudad.

3. Atribuciones económicas y financieras: bancos y moneda.

1. La Constitución prevé como atribución del Congreso, como órgano legislativo federal, “*establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales*” (art. 75, inc. 6). El inc. 11, a su vez, le confiere autoridad para “*hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las*

extranjeras...”. A su vez, el art. 126 prohíbe a las provincias acuñar moneda y establecer bancos con facultad de emitir billetes sin autorización del Congreso federal.

En lo que se refiere a lo que la reforma de 1994 denomina *banco federal*, la Constitución de 1853/60 disponía: “*Establecer y reglamentar un Banco nacional en la capital y sus sucursales en las provincias, con facultad de emitir billetes*”. La Constitución de Estados Unidos no tenía una cláusula semejante. Fue clásica —y conocida por nuestros constituyentes— la polémica entre Jefferson, quien sostuvo la carencia de facultades al respecto por parte del gobierno federal, y la posición favorable de Hamilton (1791). En el caso “*Mac Culloch v/ Maryland*” (17 US 316, 1819) la Suprema Corte decidió la constitucionalidad de la creación de un banco federal. En esa sentencia el juez Marshall, haciendo suyas las ideas de Hamilton, diseñó uno de los documentos fundamentales de la organización de EE.UU. A partir del aforismo de que “es una Constitución lo que estamos interpretando”, rehusó confinar al gobierno federal dentro de los límites literales de los poderes delegados y afrontó los problemas básicos de la estructura del gobierno federal que no habían sido previstos por quienes redactaron la Constitución. Acuñó el principio de que “el poder de gravar implica el poder de destruir” y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de las leyes estatales que pretendieran gravar las actividades del banco.

Alberdi, en cambio, se mostró contrario al establecimiento de bancos oficiales: “un banco del Estado es una máquina construida para endeudar al gobierno y al Estado, para quien y por cuya cuenta toma prestado su gobierno. Un banco de Estado —añadía— oficia de endeudamiento público, es esencialmente una máquina de empobrecimiento del gobierno y del Estado, es decir de todo el mundo: una fábrica de crisis económicas y de todas las calamidades que las crisis más desastrosas que las guerras y las pestes traen consigo” (*Sistema económico y rentístico*, Tercera Parte, cap. IV, párrafo VI).

La ley de 1872, que creó el Banco Nacional con facultad de emitir billetes, previó la participación del capital privado en la institución. Esta composición accionaria fue impugnada por inconstitucional. La Corte Suprema se pronunció en el caso “*Banco Nacional c/Francisco Villanueva*” (“Fallos”, 18:162, 1876), decidiendo que la circunstancia de que se hubiera previsto la participación privada no impedía que el banco fuera una institución nacional creada de acuerdo y para cumplir los fines establecidos en el inc. 5 del art. 67. El tribunal afirmó que “se ha

querido pretender que para usar la facultad constitucional, el Congreso ha debido fundar un banco rigurosamente de Estado... Pero esto sería un error. El texto no lo dice y no hay motivo alguno que induzca a creerlo. Confirmando la autorización, la Constitución ha dejado la elección al prudente criterio del Congreso. Y el Congreso, eligiendo el sistema de una gran compañía por acciones, no ha hecho más que seguir los consejos de la ciencia y los ejemplos más caracterizados...”, citando a continuación los casos de Francia, Bélgica y Estados Unidos.

Recordamos que la reforma de 1994 se refiere a un banco federal. Entendemos que para implementarlo será necesario reformar la ley orgánica del Banco de la Nación para transformarlo en un banco con participación de las provincias en su conducción y/o, en su caso, del capital accionario.

Aunque no está expresamente establecido en el texto constitucional, el Congreso federal tiene también como atribución exclusiva la de legislar sobre el sistema bancario privado. Esto surge de la cláusula comercial, dado que el sistema constituye una herramienta imprescindible del comercio interprovincial e internacional.

Por su parte, no es discutible la competencia de las provincias para establecer bancos provinciales. La nueva cláusula del art. 125, que las habilita expresamente para “promover el progreso económico”, ha hecho que esta atribución sea explícita. La única salvedad es que “no pueden establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso federal” (art. 126).

2. Como dijimos, el inc. 11 del art. 75 establece como atribución del Congreso la de “hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras”.

Traducido al lenguaje actual, *hacer sellar moneda* equivale a la atribución de emitir moneda. No obstante, y como es sabido, el Congreso delegó esta función durante muchas décadas en el Banco Central de la República Argentina, organismo que tiene a su cargo esta función. Con la sanción de la ley 23.928, el Congreso ha retomado el ejercicio de su facultad de controlar la emisión de moneda, dado que ha dispuesto que el signo monetario nacional, es decir, el *peso*, debe tener un equivalente en las reservas de libre disponibilidad (oro y divisas) del cien por ciento. Es decir que la facultad delegada en el Banco Central ha quedado restringida y condicionada a la circunstancia de que exista un aumento en las reservas. La ley 23.928 prevé sanciones de tipo penal para los

funcionarios que emitan moneda sin que ésta tenga su respectivo encaje.

Por su parte, la atribución del Congreso de “fijar el valor de la moneda y de las extranjeras” está vinculada con el sistema de convertibilidad o inconvertibilidad. El sistema de emisión de papel moneda inconvertible fue criticado en términos muy duros por Alberdi, quien lo calificó como “poderoso resorte de despotismo, de corrupción y de empobrecimiento” (*Sistema...*, Parte Tercera, Cap. IV, párrafo VIII). El Congreso ejerce la atribución del inc. 11 cuando fija un valor intrínseco a la moneda.

Desde 1899 hasta 1914 rigió el sistema de convertibilidad: la conversión se concretaba en razón de cien pesos argentinos por 0.44 gramos de oro. Es decir que el Congreso ejercía su atribución constitucional fijando el valor. Durante 61 años consecutivos, a partir de 1930, rigió un sistema de inconvertibilidad. O sea que el Congreso no ejerció su atribución de fijar el valor de la moneda y dejó que éste fuera decidido por el mercado. Coincidentemente, delegó en el Banco Central la facultad de *sellar moneda*, o sea, de emitir. A partir de la ley 23.928, el Congreso —reiteramos— retomó la facultad de fijar el valor y estableció una proporción de un peso por un dólar. El sistema difiere del que rigió hasta 1914, de fijar el valor en relación con un metal, pero constituye —exponiéndolo en forma simplificada— una forma de fijar el valor con referencia al valor comparativo de un signo monetario.

El inc. 19 del art. 75 complementa esta facultad del Congreso con la directiva de “*proveer lo conducente... a la defensa del valor de la moneda*”. Esta cláusula incorporada al texto constitucional parece una loable expresión de propósitos, pero puede estar en contradicción —como lo ha señalado la doctrina— con los derechos patrimoniales individuales si es alegada para dificultar la demandabilidad del Estado o la ejecución de sus deudas. El Estado puede y debe proveer a este objetivo sin lesionar los derechos patrimoniales de los habitantes. Los propósitos económicos que señala la Constitución no pueden servir de fundamento para conculcar derechos concretos de los individuos.

4. La cláusula comercial.

a) Comercio internacional e interprovincial.

El art. 75, inc. 13, de la Constitución (antes, 67, inc. 12, sin reformas) establece:

“Regular el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí”.

Ésta, según hemos visto, es una típica atribución federal, dado que se refiere a materia interjurisdiccional. Los constituyentes de los Estados Unidos idearon una previsión semejante: “regular el comercio con las naciones extranjeras y entre los distintos Estados del país, así como con las tribus indígenas” (art. I, sec. 8ª, párrafo 3º). De hecho, la necesidad de federalizar la regulación del comercio fue uno de los imperativos básicos de la institución federal tanto en América del Norte como en nuestro país.

El vocablo “comercio”, desde el punto de vista constitucional, tiene una acepción amplia que podemos entender como actividad económica. La Suprema Corte de Estados Unidos definió tempranamente el concepto en el clásico caso “Gibbons v/ Ogden” (22 US 1). El voto fue redactado por el juez Marshall, quien expuso dos principios generales: *a)* el comercio no es solamente tráfico sino también comunicación: “Describe el intercambio comercial entre las naciones y partes de las naciones en todas sus ramas y se rige mediante la determinación de reglas para ponerlo en acción”; *b)* “es el poder de regular, es decir, de prescribir las reglas por las cuales debe ser gobernado el comercio. Este poder, como todos los demás de los que está investido el Congreso, es completo en sí mismo y puede ser ejercido en su máxima extensión”¹. Pero, como ya lo hemos dicho, no puede lesionar derechos individuales.

El tema está vinculado en forma indisoluble con la interdicción que pesa sobre las provincias de gravar el tráfico internacional o interprovincial (ver Capítulo V, punto 7). También con la atribución del inc. 10 del art. 75 (antes, inc. 9, art. 67, sin reformas): *“Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores (y), habilitar los puertos que considere convenientes”* y con el inc. 14: *“Arreglar y establecer los correos generales de la Nación”*.

b) Comercio regional.

En forma correlativa con lo dispuesto por el inc. 13 del art. 75, el art. 126 dispone que “Las provincias... no pueden... expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior” y debe interpretarse en coordinación con aquella regla. Desde luego que

¹ Ver sobre el tema: Lawrence H. Tribe, op. cit., ps. 404 y ss. También Bernard Schwartz, *Algunos artifices del Derecho norteamericano*, Ed. Abeledo-Perrot, 1989, ps. 73 y ss.

las provincias pueden regular su comercio interior, así como regular el tránsito de cualquier tipo por el interior de la provincia y gravar las actividades locales. Lo que les está prohibido es interferir sobre la actividad interjurisdiccional.

La reforma de 1994 ha incluido el art. 124, que establece que *“las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines...”*.

El párrafo tiene dos aspectos. Por una parte, la habilitación para “crear regiones...”; por la otra, la de establecer órganos con ese objeto. Las provincias gozaban de ambas atribuciones antes de la reforma por medio de los pactos internacionales previstos en el art. 107 (hoy, 125, sin reformas).

Aparece, en cambio, una atribución no prevista en el texto de 1853/60. En efecto, nos parece inequívoco que esta regla habilita a aquellos órganos, en la forma en que los convenios interprovinciales lo establezcan, para reglar el comercio en el interior de la región creada, aunque en él estén comprometidas varias provincias. La Constitución prevé aquí una excepción a lo dispuesto por los arts. 75, inc. 13, y 126. No podrán interferir, en cambio, en el comercio internacional.

5. Determinación de los límites de la Nación y de las provincias.

En el Capítulo VIII hemos visto las atribuciones del Congreso en materia de límites internacionales; en consecuencia, y respecto del primer punto, nos remitimos a lo allí expuesto.

El inc. 15 del art. 75 (antes, 67, inc. 14, sin reformas) dispone también como atribución del Congreso: *“...fijar los de las provincias...”*.

No es posible interpretar esta norma sin recordar lo que expresa con claridad González Calderón (p. 696) al tratar el tema: *“Las provincias no son meras divisiones geográficas y administrativas de la Nación sino entidades preconstituidas de nuestro derecho público interno y con derechos anteriores o preexistentes a la organización política del Estado federal; no pueden pues ser tratadas por el Congreso con desconocimiento de su carácter, de esos derechos y de sus tradiciones históricas”*.

Encontramos que la atribución del actual inc. 15 del art. 75 estaba prevista en la mayor parte de los documentos constitucio-

nales patrios, comenzando por el proyecto de Constitución federal presentado ante la Asamblea Constituyente de 1813 (art. 58). En la Constitución de 1813 se definía esta competencia con las mismas palabras que en la actual: “fijar los límites de las provincias” (art. XL), pero el concepto se aclaró en la de 1826, que añadía: “sin perjuicio de la permanencia de las enumeradas en el artículo 11” (art. 53). En el art. 11 se enumeraban aquellas que formaban parte del territorio de la Nación Argentina y se establecía la cantidad de diputados que enviarían a la primera legislatura². La frase “sin perjuicio de la permanencia” indica que existían límites ya fijados entre aquéllas y el ejercicio de esa atribución era por tanto ajena al gobierno nacional. Podemos recordar que el Tratado del Pilar (1820) disponía que “el deslinde de territorio entre las provincias se remitirá en caso de dudas a la resolución del Congreso General de Diputados” (art. 6).

La atribución del Congreso de “fijar los límites” debe vincularse también con lo que establece ese mismo inciso: “crear nuevas provincias” y “determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias”. Por su parte, es necesario recordar, además, que el art. 127 (antes, 109, sin reformas) establece que “sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella”.

La ley 28 del 17 de octubre de 1862 se refirió a “los territorios nacionales que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias” y dispuso en su art. 1: “Todos los territorios existentes fuera de los límites o posesiones de las provincias son nacionales...”, añadiendo que “el Poder Ejecutivo Nacional, pedirá a la mayor brevedad a los gobiernos provinciales, los conocimientos necesarios para fijar los límites de sus respectivas provincias, con arreglo al inc. 14, art. 67 de la Constitución”. El art. 5, finalmente, disponía que “el gobierno nacional no dará curso alguno a las solicitudes que se hicieren para adquirir el dominio de tierras nacionales, hasta que el Congreso establezca el modo de hacerlo”.

² El art. 11 de la Constitución de 1826 disponía: “Los diputados para la primera legislatura se nombrarán en la proporción siguiente: por la capital cinco; por el territorio desmembrado de la capital, cuatro; por la provincia de Córdoba, seis; por la de Catamarca, tres; por la de Corrientes, tres; por la de Entre Ríos, dos; por la de Montevideo, cuatro; por la de Mendoza, dos; por la de Misiones, uno; por la de La Rioja, dos; por la de Salta y Jujuy, tres; por la de Santiago del Estero, cuatro; por la de San Juan, dos; por la de San Luis, dos; por la de Santa Fe, uno; por la de Tucumán, tres y por la de Tarija, dos”.

Resulta claro, entonces, que la disposición del actual inc. 15 del art. 75 tuvo por objeto deslindar los territorios nacionales del territorio correspondiente a las provincias y no establecer los límites de las provincias entre sí.

El Congreso de la Nación ejerció esta atribución en los primeros años de la organización y por ley 1149 (1881) fijó los límites entre la provincia de Corrientes y el territorio nacional de Misiones; por ley 4141 (1896), los de Santiago del Estero y el territorio nacional del Chaco, y por ley 5217, los de Mendoza y el territorio nacional de La Pampa.

Es exacto que el gobierno de facto dictó en 1967 la denominada ley 17.324 que creó la Comisión Nacional de Límites Interprovinciales y, dentro de este régimen, dictó las leyes de facto 18.000, 18.002, 18.003 y 18.004, que fijaron límites interprovinciales. El gobierno de facto también "fijó" por ley los límites entre Santiago del Estero y Tucumán (ley 23.312), Santiago del Estero y Salta (ley 22.347), Santiago del Estero y Catamarca (ley 22.742), y Santiago del Estero y Córdoba (ley 22.789). Pero estos antecedentes carecen de valor como interpretación constitucional, dado que las autonomías provinciales no estaban vigentes y los denominados gobernadores eran meros delegados del gobierno nacional.

Creemos que de lo expuesto se concluye que excede de las competencias del Congreso establecer los límites interprovinciales y que su competencia se limita a definir los límites entre las provincias y el territorio nacional.

6. Garantías a los pueblos indígenas.

La reforma introdujo en el art. 75, que se refiere a las atribuciones del Congreso, las disposiciones relativas a los derechos de los pueblos indígenas. Esto implica una desacertada técnica legislativa que nació de la ley de convocatoria 24.309, que en su art. 7 dispuso que "la Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional". En realidad, las disposiciones del inc. 17 del art. 75 se refieren en parte a las limitaciones del Estado, como veremos luego, y no a sus atribuciones.

Como observación previa, podemos recordar que la reforma suprimió del texto del actual inciso 16 la frase que indicaba "conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo".

El antes inciso 15 del art. 67 había sido largamente discutido en la Constituyente de 1853. El convencional Seguí pidió explicaciones sobre el inciso y afirmó que “los medios de conservar el trato pacífico con los indios son diametralmente opuestos a los que reclama la defensa de la frontera amenazada siempre por ellos” y pidió explicaciones “sobre el modo como se pensaba conservar ese trato pacífico y los esfuerzos que había de hacerse para atraerlos y civilizarlos”. A lo que contestó Gorostiaga diciendo que dentro de los recursos pacíficos “estaban comprendidas las misiones evangélicas” (*Asambleas...*, t. IV, pág. 530).

De este modo, se introdujo la última parte del inciso. La confirmación de esta directiva hubiera implicado una contradicción con los Tratados generales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la O.E.A., que expresan que “nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias...”. La actividad del Estado en este sentido es contraria a principios básicos del derecho internacional ³.

Gonzalo y Juan Fernando Segovia recuerdan que se presentaron a la Convención de 1994 aproximadamente 76 proyectos de reformas vinculados con los indígenas argentinos (t. I, pág. 237). Esto a pesar de que la ley 23.302 ya había establecido un régimen de “Política indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes”.

a) Concepto de pueblos indígenas.

Es difícil definir qué son las poblaciones indígenas y pronunciarse acerca de si distinguir entre “pueblos indígenas” y “poblaciones indígenas” es un problema meramente semántico. Cuando los organismos internacionales consideraron la cuestión se vieron envueltos en controversias políticas. Países de América con mayorías indígenas como México y Perú han mostrado mucha preocupación respecto del problema de las definiciones e incluso se han opuesto al uso de la palabra indígena en alusión a parte de su población. Por su parte, los representantes de las organizaciones indígenas han insistido en su derecho exclusivo a definir la noción de “indígena”.

³ La Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Argentina propuso la supresión de este párrafo: “pues por lo menos hoy resulta ofensivo para los pueblos indígenas, para la Iglesia Católica y también para el Congreso Nacional” (*La Iglesia Católica y la reforma constitucional*).

Un estudio de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías (1987) diseñó la siguiente definición: "Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que, teniendo continuidad histórica con sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran a sí mismos como distintos de otros sectores de las sociedades ahora prevalecientes en esos territorios o partes de ellos.

"En la actualidad aquéllos son sectores no dominantes en la sociedad y se muestran determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continua como pueblos de acuerdo con sus moldes culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales propios".

Es decir que la continuidad histórica puede consistir en uno o más de los siguientes factores:

- a) la ocupación de tierras ancestrales;
- b) el origen común con los ocupantes originales de esas tierras;
- c) manifestaciones específicas de cierta cultura, como la religión, un sistema tribal y los estilos de vida.

El grupo o comunidad debe tener el derecho de decidir quién pertenece al mismo sin interferencia externa alguna. En consecuencia, "indígena es una persona que pertenece a tales poblaciones en virtud de su autoidentificación como indígena y es aceptado por esas poblaciones como uno de sus miembros".

b) La preexistencia de los pueblos indígenas.

El inciso 17 del artículo 75 de la Constitución comienza estableciendo como atribución del Congreso:

"Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos".

Esta primera parte merita algunas precisiones. En primer lugar, como adelantamos, reconocer la preexistencia no implica una atribución del Congreso sino una limitación a sus facultades. La Constitución determina que debe reconocer una hipótesis que es la preexistencia étnica y cultural.

El inciso se refiere a los pueblos indígenas. Los derechos de los pueblos como minorías están reconocidos tanto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que con el mismo texto señalan en el art. 1: "Todos los pueblos tienen

el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

Bidart Campos expone que “el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos ofrece varios aspectos” (*Tratado Elemental...*, t. VI, pág. 371). A uno de ellos lo califica como simbólico y reparador, a otro como histórico en cuanto implica que las comunidades aborígenes autóctonas precedieron al elemento español anterior a la independencia y al torrente inmigratorio posterior. Desde mi punto de vista, la observación es correcta y acota el sustantivo preexistencia a un marco descriptivo que no modifica los derechos que el inciso reconoce a continuación. Segovia critica la inclusión afirmando que “supone una alteración inequívoca de las bases fundacionales del Estado argentino, porque se estaría violando la *unidad nacional* de la que habla el preámbulo”. Señala que “el pluralismo democrático no puede llegar al extremo de convertirse en fuente de separatismo o secesionismo”. Éste es uno de los dilemas fundamentales de los derechos de las minorías. Creo que es conveniente insistir en que el reconocimiento de estos derechos tiene por objetivo básico permitir que puedan conservar en integridad su cultura dentro de su pertenencia a un Estado nacional. Es decir que ese reconocimiento tiene por objeto evitar separaciones o secesiones. Se integran plenamente a un Estado bajo el presupuesto de que éste reconoce plenamente el derecho a conservar, desarrollar y transmitir su cultura.

El diseño de estos límites constituye un arduo problema en el derecho interno e internacional. En algunos casos, los usos y costumbres de las comunidades indígenas no coinciden con los determinados por las normas aceptadas por las mayorías. En nuestro país —cuyo sistema penal, en virtud de expresas disposiciones constitucionales (art. 75, inc. 12) es centralizado— esto se ve reflejado en transgresiones generalizadas a las disposiciones de la legislación represiva, sobre todo en las referentes a los delitos de tipo sexual. En las comunidades indígenas el tabú del incesto es culturalmente débil, lo que genera dificultades para que se pueda percibir la criminalidad de ciertas conductas.

c) Derechos específicos.

El inc. 17 enumera los siguientes derechos específicos:

1) *Garantizar el respeto a su identidad.* — La garantía ya estaba reconocida en el art. 1 de la ley 23.302, que dispone: “Declárase de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la nación, *respetando sus propios valores y modalidades*”.

Tengo para mí que ésta es una correcta pauta interpretativa de la Constitución. El respeto de la identidad equivale al de sus valores y modalidades culturales. El respeto a la diversidad es uno de los valores básicos incorporados al derecho de este siglo; éste es el sentido último de la democracia pluralista.

2) *El derecho a una educación bilingüe.* — Natale observa que esta disposición puede suscitar reparos constitucionales, vinculados con el principio de igualdad (*Comentarios...*, pág. 94). No obstante, creo que el art. 16 de la ley 23.302, sancionada antes de la Reforma, salva estos óbices en cuanto establece las siguientes pautas:

“La enseñanza que se imparta en las áreas de asentamiento de las comunidades indígenas asegurará los contenidos curriculares previstos en los planes comunes”.

En el nivel primario se prevé una modalidad de trabajo consistente en dividir el nivel en dos ciclos:

a) “En los tres primeros años la enseñanza se impartirá en la lengua indígena materna correspondiente y se desarrollará como materia especial el idioma nacional;

b) “En los siguientes años la enseñanza será bilingüe”.

Con ese objeto “se promoverá la formación y capacitación de docentes primarios bilingües con especial énfasis en los aspectos antropológicos, lingüísticos y didácticos...”.

Desde mi punto de vista, estas políticas no implican lesión al principio de igualdad, dado que son aspectos de acción afirmativa que fueron reconocidas expresamente por la Reforma. Las acciones afirmativas tienen por objeto acelerar el proceso de igualación de facto de aquellas minorías que han sido postergadas.

El derecho a la educación bilingüe comparte características de derecho social —dado que pertenece a las comunidades— e individual. La ley vigente —anterior a la Reforma— determina:

“Los establecimientos primarios ubicados fuera de los lugares de asentamiento de las comunidades indígenas, donde existan

niños aborígenes (que sólo o predominantemente se expresen en lengua indígena) podrán adoptar la modalidad de trabajo prevista en el presente artículo”.

3) *Reconocer la personería jurídica de las comunidades.* — Éste es el primer derecho específico de las *comunidades*.

La ley vigente ya reconocía personería “a las comunidades indígenas radicadas en el país” (art. 2). De acuerdo con la ley debe reconocerse con la sola inscripción de aquellas que lo soliciten en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (art. 6, inc. c).

El art. 3 fija los requisitos:

“La inscripción será solicitada haciendo constar:

el nombre y domicilio de la comunidad;

los miembros que la integran;

su actividad principal;

las pautas de su organización;

los datos y antecedentes que puedan servir para acreditar su preexistencia o reagrupamiento.

En este contexto la preexistencia es con relación a la ley.

Las relaciones entre sus miembros “se regirán de acuerdo a las disposiciones de las leyes de cooperativas, mutualidades u otras normas de asociación contempladas en la legislación vigente” (art. 4). El derecho de las comunidades se rige por la legislación común que dicte el Congreso sin perjuicio de las atribuciones de las provincias respecto de poder de policía.

d) Adjudicación de las tierras.

El inc. 17 del art. 75 define dos pautas:

a) reconocer la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan;

b) regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano.

Si bien ambas pautas se justifican como modalidades de acción afirmativa, la primera es deficiente desde el punto de vista técnico. Esta deficiencia se genera en primer lugar porque el *reconocimiento* constituye un presupuesto o hipótesis y no una atribución del Congreso. Por su parte, no se advierte en el contexto qué se entiende por *reconocer la posesión* y si la reforma ha entendido crear una presunción en favor de las comunidades.

Parecería que la ley vigente da la pauta interpretativa: “La autoridad de aplicación atenderá a la entrega de títulos definitivos a quienes los tengan precarios o provisorios” (art. 7).

Tampoco está claro si se ha derogado la posibilidad de la propiedad individual de las tierras. Aquélla está contemplada en el art. 7 de la ley 23.302, que dispone: “La adjudicación ...podrá hacerse también en propiedad individual a favor de indígenas no integrados en comunidad prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares”.

En cuanto a la segunda, ya había sido prevista en aquella norma en cuanto afirma:

“Dispónese la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad”.

Y especifica:

“Las tierras deberán estar situadas en el lugar donde habita la comunidad o, en caso necesario, en las zonas próximas más aptas para su desarrollo”.

La reforma añade: *Ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos.*

Los alcances de la garantía han sido descriptos con precisión por Segovia: “se ha ido más lejos de lo racionalmente admisible” (pág. 338). En efecto, la regla constitucional desvirtúa los caracteres básicos de la propiedad al prohibir la enajenación y la transmisión aun por causa de muerte.

La prohibición de constituir gravámenes contradice la posibilidad del acceso al crédito. Es más sensata la disposición legal que establece: “Las tierras que se adjudiquen en virtud de lo previsto en esta ley son inembargables e inejecutables. Las excepciones a este principio y al solo efecto de garantizar los créditos con entidades oficiales serán previstas por la reglamentación de la ley”.

El sistema enajenación se prevé de la siguiente manera:

“En los títulos respectivos se hará constar la prohibición de su enajenación durante el plazo de veinte años”.

Si se interpreta que estas normas han quedado tácitamente derogadas por la Reforma, ésta en los hechos implica una regresión en las condiciones de los pueblos indígenas.

La cláusula “Asegurar su participación en la gestión efectiva referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que las afecten” merita las siguientes reflexiones.

La primera parte es singularmente oscura. Desde mi punto de vista, cuando el art. 41 dispone que “Todos los habitantes tienen

derecho a un ambiente sano”, asegura la participación, sin exclusiones, en la gestión efectiva de los recursos naturales. Este derecho tiene su garantía específica en la acción de amparo que regula el art. 43.

En cuanto a la segunda parte, es un principio básico del sistema democrático la participación en los intereses que nos afectan. Esto vale para todos los habitantes. El art. 16 asegura la igualdad ante la ley. La regla es anterior a la Constitución de 1853 y está en todos los antecedentes constitucionales. Era innecesario proclamarla como derecho específico de los pueblos indígenas.

e) Deberes y atribuciones de las provincias.

El inciso finaliza estableciendo que *las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones*.

La circunstancia de que la Reforma haya incluido los derechos de los pueblos indígenas argentinos en el art. 75 que regula las atribuciones del Congreso hace que el alcance de esta norma sea confuso. En verdad, no se trata de atribuciones de las provincias sino de obligaciones que contrae el estado nacional, o provincial, en su caso. En consecuencia, tenemos que distinguir dos situaciones:

Por una parte, las provincias tienen la obligación de reconocer los derechos bastante difusos que establece la norma. Entre ellos se destaca la obligación de “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, cuya crítica adelantamos, y el respeto a la identidad. Desde mi punto de vista, el compromiso frente a una educación bilingüe ha sido contraído por el Estado nacional, salvo ratificación por parte de las provincias. Las reglas acerca de la personería jurídica son, en principio, materias de derecho común, sin perjuicio de que las provincias ejerzan el poder de policía en su aplicación ⁴.

⁴ Las Constituciones de Jujuy, Salta, Formosa, Río Negro, Chubut, Tierra del Fuego y Chaco establecen en su parte dogmática reglas sobre protección a los aborígenes. Me parece de interés transcribir la primera parte del art. 34 de esta última que es posterior a la reforma nacional: “La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto de su identidad. Promueve medidas adecuadas para preservar y facilitar el desarrollo y la práctica de sus lenguas, asegurando el derecho a una educación bilingüe e intercultural”.

7. La cláusula de la prosperidad.

Omitiremos hacer un análisis pormenorizado de cada uno de los elementos de la cláusula clásica de la prosperidad (art. 67, inc. 16; hoy, 75, inc. 18, sin reformas). Nos limitaremos a transcribirla:

“Proveer la conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

Este artículo dio una fisonomía particular a nuestra Constitución, que la diferenció en forma marcada de la de Estados Unidos. Implicó que la Nación se apartaba de la concepción del Estado abstencionista y asumía entre sus competencias la de fijar metas de progreso. Por su parte, determina que el gobierno federal, a través del Congreso, toma injerencia en el “adelanto y prosperidad de *todas las provincias*”. Éstas, a su vez, conservan—conforme al art. 107 (hoy, 125, sin reformas)— facultades coincidentes dentro de sus respectivas jurisdicciones, pues “pueden... promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y el establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios”. Al respecto, advierte González Calderón: “He aquí el enunciado general o síntesis de una vasta suma de atribuciones para la realización de los fines del Preámbulo cuando habla de «promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad»”. La noción básica de este inciso es que posibilita la acción concurrente del Congreso y de las provincias en una amplia gama de actividades. Es decir que significa una ampliación—a veces criticada— del repertorio de los poderes delegados.

La nueva cláusula de la prosperidad (inc. 19, reforma de 1994), significa también una ampliación indirecta de los poderes delegados. Ella dispone:

“Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la in-

vestigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”.

A continuación veremos las atribuciones vinculadas con la educación, que son concurrentes. También lo son las del progreso económico y la generación de empleo de la nueva cláusula de la prosperidad.

Sólo resta añadir que la regla de la estabilidad incorpora un nuevo elemento de complejidad al sistema constitucional, pues ella puede estar en conflicto con derechos patrimoniales garantizados, como la demandabilidad del Estado y los derechos adquiridos. Siempre es oportuno recordar que las competencias que se otorgan a los poderes constituidos no deben tener por objeto conculcar los derechos individuales.

8. Atribuciones en materia de educación.

Las atribuciones del Congreso en materia de educación después de la reforma de 1994, están dispersas en diferentes incisos del art. 75.

Como hemos visto, el inc. 16 del art. 67 (hoy, inc. 18 del art. 75, sin reformas) dispone: “Proveer... al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria”. La atribución de dictar planes de instrucción general y universitaria tiene su antecedente en las Constituciones de 1819 y 1826 y su objeto es uniformar los módulos de la educación que el Estado federal tiene a su cargo, con el objeto de mejorar su nivel y de asegurar la igualdad de oportunidades.

El párrafo 1° del inc. 19, segunda parte, se refiere, como ya dijimos, a proveer lo conducente “a la formación profesional de los trabajadores... a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico”.

Ésta es una típica cláusula programática, dado que implica la necesidad de poner en práctica —como en la cláusula clásica de la prosperidad— un programa de gobierno. No obstante, podemos advertir que existe una diferencia sustancial entre ambas, pues en aquélla se establecen los medios para lograr los fines propuestos, es decir, las “concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”, mientras que en la norma introducida por la reforma de 1994 se omite toda referencia a los medios. En puridad, el Congreso siempre contó con aquellas atribuciones que son concurrentes, en virtud de lo que disponía el anterior inc. 16.

El párrafo 3° dispone como competencia del Congreso: "*Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales*". Esta disposición resulta en cierto modo reglamentaria del clásico inc. 16 (hoy, 18) en cuanto establece la atribución de dictar planes de instrucción general y universitaria, competencia que actualmente es exclusiva del gobierno de la Nación. El párrafo diseña asimismo las pautas —desde nuestro punto de vista, valiosas— que debe tener la legislación de base:

a) *Debe asegurar la responsabilidad indelegable del Estado en la educación.* Este principio, que es directamente operativo, implica una directiva de importancia que ratifica una de las ideas centrales de los padres de la Constitución: la educación en todos sus niveles es responsabilidad intrínseca del Estado. Indirectamente, conlleva una obligación del Estado federal de mantener, por lo menos, las prestaciones de educación en los distintos niveles. Ello implica incrementar los porcentajes dedicados a la educación en el presupuesto global de la Nación.

b) *Debe asegurar la participación de la familia y de la sociedad.* Desde nuestro punto de vista, es arduo desentrañar el sentido de esta cláusula. Los pactos internacionales con jerarquía constitucional se refieren al derecho de los padres a elegir la educación religiosa o moral de los hijos (Pacto de San José de Costa Rica, art. 12.4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18.4) y afirman también la responsabilidad de aquéllos en su desarrollo físico, moral e intelectual (Convención de los Derechos del Niño, art. 27). Entendemos que el principio de la participación de la sociedad no aporta nada valioso a lo contemplado en el inc. 19.

c) *Asegurar la promoción de los valores democráticos.* En nuestra opinión, este período implica una confusión conceptual. El Estado tiene la obligación de promover *el ejercicio* de la democracia en todos los niveles de decisión y ejecución; debe promover formas de organización y relaciones con los gobernados que sean crecientemente democráticas y participativas. Esta actividad propia genera, a su vez, actitudes democráticas en los ciudadanos

y habitantes. Pero en lo que se refiere al servicio de educación, el Estado debe ser neutro en cuanto a la promoción de valores, por más excelsos que éstos sean. La promoción de valores es objetivo de otras instituciones, cuya pertenencia —al contrario de lo que ocurre con el Estado— no es obligatoria. El Estado no tiene por misión hacer democráticos a los hombres y mujeres. Debe, sí, en todos los casos, actuar dentro del marco de los principios democráticos.

d) Asegurar la igualdad de oportunidades y posibilidades, sin discriminación alguna. La igualdad de oportunidades y la no discriminación constituyen el nuevo nombre de la igualdad. Implican los nuevos fines del derecho. Esto ha sido atendido por la reforma de 1994, que se refiere al tema en diversos incisos. El inc. 23 de este mismo artículo reitera el concepto que es aplicable, en especial, a la educación: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”.

La última parte del párrafo 3° del inc. 19 diseña las pautas que ha de seguir la legislación para lograr los objetivos señalados anteriormente. La ley debe garantizar:

a) Los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal. La Constitución ha establecido en forma inequívoca, unidos por la conjunción “y”, dos principios: la gratuidad y la equidad. Es decir que el servicio de educación a cargo del Estado debe ser gratuito y también regirse por el objetivo general del derecho, que consiste en articular soluciones equitativas. En este contexto —vinculado con el principio básico de la *igualdad de oportunidades* del párrafo anterior—, la equidad significa que en aquellos casos en que la gratuidad no sea suficiente para que algunos miembros de la sociedad, por motivos exclusivamente económicos, puedan acceder a determinado nivel de educación, la ley deberá prever, por razones de equidad, el otorgamiento de becas y subsidios.

b) La autonomía y la autarquía de las universidades nacionales. Advertimos que el texto constitucional une las características de autonomía y autarquía por una conjunción. Es decir que la ley de organización y de base debe garantizar a ambas.

Antes de la reforma, un sector prestigioso de la doctrina (Marienhoff, *Tratado...*, párrafo 126) sostenía que en nuestro sistema las únicas entidades autónomas eran las provincias. El voto de la mayoría de la Corte Suprema de Justicia en el caso

“Universidad de Buenos Aires c/ Estado nacional” (“L.L.”, 1991-E-136) expuso el mismo enfoque: “Las únicas entidades autónomas son las provincias porque se dictan sus propias normas”. El texto constitucional reconoce expresamente que a la autarquía administrativa, económica y financiera que siempre se ha reconocido a la universidad debe sumarse su autonomía, que implica no sólo la libertad académica y de cátedra, sino también la facultad de redactar sus estatutos, de determinar el modo en que se gobernará y de designar sus claustros y autoridades sin interferencias del Poder Ejecutivo. Como afirmó el ministro Fayt en su disidencia en el caso que hemos citado, “la... autonomía universitaria se caracteriza por colocar a las autoridades y a los claustros universitarios al margen de la administración de la cual es jefe el presidente”. Esto no implica que las universidades puedan obrar a su solo arbitrio, dado que el control que corresponde sobre sus actos es el que la Constitución encomienda al Poder Judicial y a los órganos de control económico previstos por la Constitución y las leyes.

El último párrafo de este inc. 19 se refiere a la protección de la cultura y dispone: *“Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”*. Ésta es una típica cláusula programática, en cierto modo innecesaria, en razón de que el Congreso de la Nación contaba ya con estas atribuciones sin necesidad de la incorporación de este párrafo. Recordamos que el art. 17, en forma más concreta, dispone: *“Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley”*.

9. Atribuciones respecto de las fuerzas armadas.

a) Seguridad de las fronteras.

Los poderes militares, como los que atañen a la política exterior, constituyen atribuciones delegadas por las provincias al gobierno federal y están distribuidos entre los poderes Legislativo y Ejecutivo. Ellos se refieren tanto a las facultades en tiempos de paz como a las excepcionales en tiempos de guerra. La Constitución de Estados Unidos los prevé en los párrafos 10 a 16 de la Sección 1ª del art. I, lo que ha implicado que nuestra Corte Suprema considere pertinente aplicar la jurisprudencia de EE.UU. al tema de los poderes militares.

El inc. 16 del art. 75 diseña una de las atribuciones básicas del gobierno federal: "Proveer a la seguridad de las fronteras". Esta actividad, estrechamente relacionada con las relaciones exteriores y con la paz interior, debe quedar a cargo del gobierno federal. En su redacción anterior a la reforma de 1994, este inciso se completaba con la obligación de "conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo", hoy suprimida. La Constitución de 1853 incluyó este concepto porque hasta principios de este siglo el tema de la seguridad de las fronteras estaba directamente vinculado a las relaciones con las tribus indígenas. El confin de la Nación se identificaba con esas posesiones.

b) Organización de las fuerzas armadas.

El Congreso de la Nación tiene la atribución de "*fixar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno*".

El presidente "es comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación" y "corre con su organización y distribución" (art. 99, incs. 12 y 14), pero, siguiendo el principio básico del gobierno presidencialista, el Poder Legislativo sanciona las normas generales de organización. En este sentido, debemos tener presente que es privilegio de la Cámara de Diputados la "iniciativa de las leyes sobre... reclutamiento de tropas". El Congreso, en uso de estas atribuciones, ha organizado el sistema de defensa.

La ley 23.554 advierte en su art. 1 que "establece las bases jurídicas, orgánicas y funcionales fundamentales para la preparación, ejecución y control de la defensa nacional". Es decir que reglamenta las atribuciones del Congreso en la materia. La ley 17.532 y sus modificatorias organizaron el servicio militar, hoy convertido en voluntario. Por su parte, desde 1898 el Poder Legislativo sancionó las leyes que aprobaron el Código de Justicia Militar, reglamentaron la organización y competencia de los tribunales castrenses y el procedimiento que debe observarse en ellos (leyes 3679 y 3737). Esta competencia se amplió en forma desmesurada durante los gobiernos militares y los tribunales asumieron las características privilegiadas de fueros personales en relación con los militares, e implicaron comisiones personales respecto de los civiles. El sistema vigente en la actualidad es el de la ley 23.049 que ha atenuado parcialmente los vicios de la legislación anterior.

c) Declaración de guerra.

Podemos afirmar que la *ultima ratio*, el paso final, en materia de relaciones exteriores, es la declaración de guerra. La medida sólo puede ser tomada cuando se han acabado todas las instancias diplomáticas que prevé el derecho internacional para la preservación de la paz. Los miembros de la comunidad internacional deben agotar previamente una serie de procedimientos. El art. 33 de la Carta de Naciones Unidas dispone que “las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional tratarán de buscarle solución, ante todo mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos a su elección”. Estos principios están desarrollados en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá, 1948).

El inc. 25 del art. 75 (antes, inc. 21, art. 67, sin reformas) establece como competencia del Congreso la de “*autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz*”. Es decir que el presidente tiene la última palabra frente a esta decisión, pero no puede tomarla sin autorización del Congreso. No obstante, la última vez que la Nación declaró la guerra fue por medio del decreto 6945/45, que dispuso el estado de guerra con Alemania y Japón. Este decreto fue ratificado con posterioridad por la ley 12.837, sancionada por el Congreso en 1946, y la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de este procedimiento en el caso “Merck Química Argentina c/ Gobierno de la Nación” (“Fallos”, 211:297, 1948), que ha merecido reiteradas críticas de la doctrina.

d) Salida de las fuerzas nacionales.

En forma correlativa, la atribución para “*permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él*” (art. 75, inc. 28; antes, 67, inc. 25, sin reformas) corresponde al Congreso.

La internacionalización del problema de la paz ha hecho que el Poder Ejecutivo —desde la década de 1950— haya dispuesto la salida de tropas en misiones de carácter internacional, sin autorización del Congreso. En efecto, en 1958 se mandaron observadores militares al Líbano; en 1960 se enviaron pilotos de la fuerza aérea al Congo; más tarde, la Marina de Guerra participó en el bloqueo a Cuba. El actual Poder Ejecutivo ha decidido el

envío de tropas a diversos escenarios bélicos (Golfo Pérsico, ex Yugoslavia, Mozambique, Bosnia), sin autorización del Congreso. Estas misiones se autodenominan “de paz” —término ambiguo tratándose de contingentes armados—, y se hacen dentro del marco de las Naciones Unidas. Creemos, no obstante, que lesiona principios básicos de nuestra organización que las fuerzas, que son de la Nación, salgan del territorio nacional y se involucren en acciones —que al margen de los juegos semánticos— son bélicas, sin autorización del Congreso de la Nación. La intervención del Congreso tiene un doble fundamento; por una parte, la responsabilidad en lo que se refiere a las relaciones exteriores y, por la otra, lo esencial que es la preservación de la vida, los derechos y los intereses de los ciudadanos.

10. Leyes reglamentarias de los órganos del gobierno federal.

La Constitución atribuye al Congreso de la Nación la facultad de reglamentar los órganos del gobierno federal.

El inc. 20 del art. 75 (antes, 67, inc. 17, sin reformas en lo sustancial) dispone: “*establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia...*”. A partir de esta atribución, el Congreso dictó en 1862 la primera ley de organización, a la que le sucedió la ley 48 de jurisdicción y competencia de los tribunales federales y, más tarde, la ley 4055, que creó las Cámaras Federales de Apelación.

El art. 85 dispone que una ley aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara reglamentará la creación y funcionamiento de la Auditoría General de la Nación, que tiene a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada.

El art. 86 dispone que la organización y el funcionamiento del defensor del pueblo, cuya misión es la defensa y protección de los derechos humanos y de los demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, será regulado por una ley especial.

A su vez, el art. 114 prevé la creación del Consejo de la Magistratura, cuyas funciones veremos en el Capítulo XIII y que podemos sintetizar en atribuciones de selección de los magistrados, administración de los recursos de la justicia, ejercicio del poder disciplinario y apertura del procedimiento de remoción de

magistrados. Esta misma ley debe reglamentar la integración y procedimiento del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados que debe decidir acerca de la procedencia de la remoción de aquéllos, una vez que el procedimiento fue decidido por el Consejo de la Magistratura. La ley debe organizar también conforme a lo que dispone el art. 10 de la Constitución, el ministerio público como órgano independiente, cuyas funciones consisten en promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los *intereses generales de la sociedad*.

El Congreso debe sancionar, además —conforme a lo dispuesto por el art. 100 de la Constitución—, una ley *especial* que establezca la competencia del jefe de gabinete de ministros y de los demás ministros secretarios de Estado y que fije su número y competencia. Vemos entonces que es de competencia del Congreso, por mandato constitucional, la organización de todos los órganos que forman parte del gobierno federal.

11. Leyes de amnistía.

En virtud de la fórmula concisa del inc. 20 del art. 75, el Congreso tiene la facultad de “*conceder amnistías generales*”.

En el diseño de esta institución, nuestro sistema se apartó del de Estados Unidos. En efecto, dado que en aquél la sanción de la legislación penal es de competencia de los Estados particulares, la institución de la amnistía no fue incluida en la Constitución federal, puesto que sólo hubiera podido aplicarse a los delitos exclusivamente federales. En cambio, el art. II, Sección 2^a, párrafo 1^o, confiere en forma expresa al presidente la facultad del indulto: “acordar suspensiones y perdones por delitos contra los Estados Unidos...”, es decir, por delitos de naturaleza federal.

La atribución del Congreso de conceder amnistías tiene su antecedente inmediato en el Proyecto de Alberdi, que disponía “crear y suprimir empleos..., conceder amnistías generales” (art. 67, inc. 2).

La raíz del vocablo *amnistía* es la misma que la de *amnesia*: olvido. La Corte Suprema de Justicia ha recordado que el fin primordial de la institución “es el olvido de un hecho delictuoso para establecer la calma y la concordia social” (caso “Yrigoyen”, “Fallos”, 165:199, 1932). Es por eso que esa misma sentencia recuerda que extingue la acción, la pena y la delictuosidad del hecho cometido. Esta finalidad de promover la paz está directamente conectada con la característica de generalidad que debe tener la

amnistía por imperativo constitucional. Es decir que debe abarcar a todas las personas que se hallen en idénticas circunstancias y condiciones, y comprender a todos los que están inculcados por los delitos a que se refiere la respectiva ley. La Corte Suprema ha definido que el requisito de generalidad "debe considerarse satisfecho en tanto las normas se extiendan a todos los individuos que se hallan en idéntica situación" (CS, junio 22-987, "Causa incoada en virtud del decreto 280/84", "L.L.", 1987-D, p. 181).

El indulto, en cambio, significa exclusivamente el perdón de la pena a fin de atenuar o eliminar en determinados casos un excesivo rigor legal; es siempre particular y referido a persona o personas individualizadas.

Durante los siglos XVII y XVIII, el indulto constituyó una prerrogativa de la Corona de Inglaterra y de allí pasó a la Constitución de los Estados Unidos. La Constitución monárquica de Cádiz de 1812 disponía como prerrogativa y facultad del rey: "Indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes" (art. 171, cláusula 13ª).

La amnistía *general* que define el art. 75 es una atribución exclusiva del Congreso de la Nación. Ello, porque en nuestro sistema éste es el único órgano que tiene competencia para definir e inculcar los delitos conforme a lo establecido en el inc. 12 del art. 75.

No obstante, las legislaturas provinciales, y en su caso los órganos deliberativos comunales, también pueden sancionar normas de amnistía referidas a las contravenciones. Es decir que el principio general es que aquel órgano que puede establecer la conducta inculcada es el que puede desinculcarla.

En general, las leyes de amnistía tienen relación con los delitos políticos y conexos. Ellas son, en última instancia, las que fijarán su ámbito y el sentido que debe atribuirse al concepto de conexidad y de fin político. En este último caso definen, inclusive, si el intérprete debe adherir a un concepto subjetivo u objetivo de delito político. Pero dado el fin de pacificación que persiguen, en caso de duda deben ser interpretadas de forma tal que favorezcan la desinculcación. La Corte Suprema ha hecho explícito este principio al decidir que ellas "configuran expresiones de soberanía política tendientes a la pacificación social, lo que descarta una interpretación restrictiva de sus preceptos y no deben convalidarse aquellas susceptibles de traer el riesgo de frustrar el objeto que ellas persiguen de lograr el encauzamiento de la armónica convivencia" (CSN, noviembre 11-973, "L.L.", 153-68).

En el año 1983 el gobierno militar dictó la ley de facto 22.924, que declaró extinguidas las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con *motivación o finalidad terrorista o subversiva* desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982, así como todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de las acciones *dirigidas a poner fin* a dichas actividades terroristas o subversivas *cualquiera que hubiera sido su naturaleza o el bien jurídico protegido* (art. 1). Es decir que la amnistía cubría también todos los delitos comunes cometidos durante la represión. A la vez, encubría una autoamnistía, dado que entre los beneficiarios se incluía a quienes ejercían de hecho el Poder Legislativo y dictaron la ley. Pocos meses después, una vez instaurados los poderes de la Constitución, el Congreso dictó la ley 23.040 que dispuso derogar por inconstitucional y *declarar insanablemente nula* dicha ley de facto. Se planteó entonces el tema de si una ley posterior podía privar de efectos a una ley de amnistía, ya que los procesados alegaron que se había lesionado el principio de la irretroactividad de la ley penal. La Corte Suprema estableció que no existía violación del art. 18 de la Constitución en atención a que “en el caso no se dictó una ley posterior al hecho del proceso, sino que se derogó una norma que excusaba hechos ilícitos anteriores, plenamente incriminados al tiempo de su comisión, restableciéndose el sistema vigente”. Es decir que juzgó que no se había violado el principio de irretroactividad ni el de la aplicación de la ley penal más benigna (CS, diciembre 30-1986, “Causa instruida en cumplimiento del decreto 158/83”, “L.L.”, 1987-A-531).

12. El presupuesto de gastos y recursos y las funciones de control.

1. El inc. 8 del art. 75 dispone que incumbe al Congreso: *“Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas...”*.

El jefe de gabinete es quien envía “al Congreso los proyectos de... Presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo” (art. 100, inc. 6). La reforma de 1994 introdujo precisiones al inc. 7 del art. 67 de la

Constitución de 1853/60 que se limitaba a establecer: "Fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Nación...". También ha dispuesto una modificación en lo que se refiere a la ejecución del presupuesto, dado que el inc. 7 del art. 100 señala que es el jefe de gabinete quien hace "*recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de Presupuesto...*".

Esta función que en el texto anterior correspondía exclusivamente al presidente, ha quedado determinada de la siguiente manera: "Supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales" (art. 99, inc. 10). Por consiguiente, desde el punto de vista constitucional, el presupuesto tiene las siguientes características:

a) Es una ley cuya Cámara iniciadora es la de Diputados (art. 52). Si bien la norma confiere el privilegio de iniciativa únicamente en los casos de contribuciones y reclutamiento de tropas, no es cuestionable que el presupuesto que autoriza gastos y establece el cálculo de los recursos deba tener origen en la sanción inmediata de los representantes del pueblo. Esto ha sido confirmado por una práctica continuada y pacífica.

b) La ley de presupuesto es anual, mientras que todas las demás leyes del Congreso tienen una duración indeterminada si no disponen lo contrario. En el derecho público provincial, las constituciones han previsto que en el caso extremo de que las legislaturas, por política de oposición o por cualquier otro motivo, no sancionen en su debida oportunidad la ley anual de presupuesto, continuará el que está vigente, de acuerdo al cual el Poder Ejecutivo invertirá los fondos públicos. Durante el largo lapso en que el país vivió bajo los efectos de la inflación ha sido regla general que, por demora por parte del Poder Ejecutivo o del Congreso, la aprobación del presupuesto sufriera demoras. Desde 1901, solamente en tres años—1906, 1949 y 1950— los presidentes cumplieron a tiempo con la obligación de presentar el proyecto de presupuesto. Hubo demoras en todos los demás años (Molinelli, p. 124). A partir de 1992, esta práctica se ha modificado y la administración económico-financiera del Estado ha iniciado su ejercicio con el presupuesto ya aprobado (leyes 23.990, 24.061 y 24.307).

c) La reforma de 1994 ha dispuesto que debe tener tratamiento previo en acuerdo de gabinete y ha aclarado que debe ser aprobada por el Poder Ejecutivo (art. 110, inc. 6). Antes de la reforma no existía acuerdo respecto de este punto.

d) El jefe de gabinete es quien la envía al Congreso (art. 100, inc. 6).

e) La reforma de 1994 ha aclarado en forma expresa que la ley de presupuesto también determina los recursos del gobierno nacional.

f) La reforma de 1994 proporciona directivas sobre el contenido de la ley:

—El art. 75, inc. 8, remite a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2; por tanto, el presupuesto debe confeccionarse sobre la base de la existencia de una ley de coparticipación, garantizando a las provincias la automaticidad de la remisión de los fondos: *“La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto”*.

—El presupuesto debe ser hecho “en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas”. Dado que el presupuesto es anual, se entiende que se refiere a un programa y a un plan también anuales. Con esto se ha conferido rango constitucional a lo que estaba previsto por la ley de contabilidad.

—La reforma de 1994 ha aclarado que, juntamente con el presupuesto de gastos, la ley debe establecer el cálculo de los recursos de la administración.

2. Conforme al art. 85, párrafo 1º, de la Constitución, el Congreso es quien tiene a su cargo “el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos”. Esto es así en virtud de que como representante de la soberanía popular tiene también a su cargo *“aprobar o desechar la cuenta de inversión”* (art. 75, inc. 8). Esto constituye el necesario complemento de la atribución de fijar el presupuesto de gastos y el cálculo de recursos.

El fin del proceso presupuestario es la cuenta de inversión. En esencia, se refiere al control del Congreso sobre cómo ha implementado el Ejecutivo el presupuesto. La ley de contabilidad determina la forma en que debe prepararse y presentarse al Congreso la cuenta de inversión.

La obligación constitucional ha sido regulada, a través del tiempo, por varias leyes. Hasta 1947, mientras el Congreso no las aprobara eran cuentas pendientes. De hecho, las cuentas fueron formalmente rechazadas sólo en una oportunidad: fue en 1916, pocos días antes de la asunción de Hipólito Yrigoyen a la presidencia. El Congreso conservador rechazó las cuentas del

presidente Victorino de la Plaza, también conservador, correspondientes al año 1914 (Molinelli, p. 130). En 1947 (ley 12.196) se produjo un cambio fundamental, dado que se invirtió el principio. A partir de esa ley, si el Congreso no rechaza la cuenta dentro de los cinco años de su presentación, la aprobación es automática.

13. Delegación legislativa.

1. El tema de la constitucionalidad y de los límites de la delegación legislativa constituye, desde aproximadamente mediados del siglo, uno de los dilemas de nuestro derecho. La Constitución de 1853/60 es anterior al dilema doctrinario y no tenía previsión expresa al respecto. En los hechos, este tipo de normas nació a raíz de la creciente complejidad que adquirieron las funciones del Estado, fenómeno que en nuestro país se perfiló con claridad en la segunda década de este siglo. Esto implicó una transferencia de competencias legislativas al poder administrador.

La regla de la necesidad de ley —que implica la indelegabilidad del Poder Legislativo— se hallaba expuesta en nuestra Constitución sólo en referencia a la creación de tipos penales e impuestos (arts. 17, 18 y 19, 2ª parte).

Sobre el tema existe cierta oscuridad en nuestro medio, que no ha sido despejada por la reforma, por diversos motivos:

a) A diferencia del de Estados Unidos, en nuestro sistema, el Poder Ejecutivo tiene atribuciones expresas para emitir decretos reglamentarios. Es preciso, pues, superar el límite muchas veces tenue entre legislación delegada y reglamentos de ejecución. En consecuencia, la jurisprudencia norteamericana no es siempre aplicable a nuestro sistema.

b) Es imposible distinguir con precisión matemática entre la acción legislativa y la acción ejecutiva, y dividir las ramas de gobierno en compartimientos estancos. Es habitual que el Congreso dicte normas referidas a la administración del Estado.

c) No es acertado aplicar a los regímenes presidencialistas los principios y soluciones de los sistemas parlamentarios. En este sentido, la remisión al derecho comparado es muchas veces equívoca. En estos sistemas existe una tenue división entre los poderes Legislativo y Ejecutivo. Ella es compensada por el control político que el parlamento ejerce sobre el gabinete, al que puede destituir por un simple voto de *desconfianza*.

d) La insistencia en una división estricta de poderes en el sistema presidencialista se corresponde en plenitud con el concepto

del estado mínimo propio del siglo XIX. En forma paralela al aumento del rol del Estado en todas las comunidades, el Poder Ejecutivo ha ido concentrando atribuciones que son necesarias para actuar en sociedades que generan cambios veloces.

e) A partir de la Primera Guerra Mundial, la mayoría de los Estados adoptaron modificaciones constitucionales que implicaron una simplificación de los trámites de las leyes, a fin de mantenerlas en armonía con los constantes cambios de la situación política, económica y financiera. La aplicación del sistema de delegación legislativa desempeñó un papel importante en ese cambio.

La Corte Suprema de Justicia fijó las pautas generales acerca de la constitucionalidad de la delegación legislativa en dos casos clásicos, uno del año 1927 y otro de 1957.

En el caso "Cochia c/ Estado nacional" (CS, diciembre 2-993, "L.L.", 1994-B-633), en un voto dividido con tres disidencias, la Corte Suprema ha definido su postura actual sobre estos decretos.

El caso clásico es "A. M. Delfino y Cía. s/ apelación de multa" ("Fallos", 148:430, SC, junio 20-927). La ley 3445 de 1896 había puesto la policía de los mares, ríos, canales y puertos sometidos a la jurisdicción nacional a cargo exclusivo de la prefectura nacional de puertos, y esta institución dictó en 1908 el reglamento de puertos. Su art. 43 establecía: "Es prohibido a los buques arrojar al agua o a tierra en el interior del puerto objeto alguno, sea cual fuere su especie, peso, dimensiones o calidad" y castigaba esta infracción con multa. La prefectura general de puertos impuso al agente del buque la multa prevista, y éste, interpuso recurso extraordinario sosteniendo que el decreto, en cuanto disponía penas, se hallaba en pugna con los arts. 18, 67, incs. 11 y 12, y 28 de la Constitución.

La Corte estableció la constitucionalidad de la norma fijando las siguientes pautas:

"Ciertamente el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresamente conferidos".

Este principio general es luego acotado de la siguiente manera:

"Existe una distinción fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla". Agregando que en el caso *sub judice* el Poder Legislativo, lejos de apurar la reglamentación, *se ha limitado a señalar de un modo general la voluntad legislativa*". "Habría una especie de autorización legal

implícita —concluyó— dejada a la discreción del Poder Ejecutivo, sin más limitación que la de no alterar el contenido de la sanción legislativa con excepciones reglamentarias, pues, como es obvio, el Poder Ejecutivo no podría ir más allá de donde llega la intención de aquélla, ni crear la ley ni modificarla”.

En la sentencia recaída en “Raúl Oscar Mouviel y otros” (“Fallos”, 237:636, CS, mayo 17-957), en cambio, el tribunal declaró la inconstitucionalidad de la delegación. En este caso, el jefe de policía había aplicado a los actores 30 días de arresto en virtud de lo dispuesto por el art. 3 del edicto policial, sancionado por dicho funcionario en virtud de una autorización legislativa contenida en el art. 29 del Código de Procedimientos Criminales. La Corte Suprema de Justicia había declarado en decisiones anteriores la constitucionalidad de los edictos policiales con el fundamento expuesto en el caso “Delfino”, acerca de que “no hay delegación de funciones legislativas al conferir al poder administrador o a ciertas reparticiones la facultad de fijar específicas normas de policía, dentro de los límites establecidos por la misma ley...”. El tribunal decidió la inconstitucionalidad de los edictos policiales con los siguientes argumentos:

“Es una de las más preciosas garantías consagradas por la Constitución la de que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso («Fallos», 136:200); que «toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes, así como *las penas de cualquier clase que sean sólo existen en virtud de sanciones legislativas* y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca» («Fallos», 178:355); y que *«la configuración de un delito por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del Poder Legislativo y escapa a la órbita de las facultades ejecutivas. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 de la Constitución). De ahí nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario al mismo tiempo una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho...»*. Es decir que consideró inconstitucional la delegación, dado que permitía la aplicación de penas.

La Corte resumió su doctrina anterior en el caso “Domínguez, Luis c/ S.A.C.I.F. Kaiser Aluminio” (“Fallos”, 280:25), cuya síntesis hace con lucidez Jorge Reinaldo Vanossi:

a) "...ciertamente el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos".

b) "...desde luego no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad..."

c) "...existe una distinción fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla". En este caso, apuntamos, estamos frente a una zona gris entre decretos reglamentarios y legislación delegada.

d) "...no puede juzgarse inválido en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que quedan libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya quedado claramente establecida..."

Vanossi concluye que "la Corte fulmina como nulas o inválidas, únicamente a las delegaciones que impliquen el traspaso total del poder, pero quedan fuera de la proscripción aquellos actos de delegación parcial, en los que un Poder —el Legislativo— comisiona al otro —el Ejecutivo— para la implementación o complementación de un determinado régimen legal". Continuamos, por tanto, en una zona indiferenciada entre decretos reglamentarios y legislación delegada, dado que tampoco es clara la distinción entre traspaso total y parcial. Vanossi sostiene que la clave la brinda la propia Corte, cuando advierte que la validez de la delegación radica en que la "política legislativa esté claramente establecida". Es decir que el legislador debe fijar con *claridad* los contornos. Pero aquí encontramos nuevamente una perplejidad, porque si "la política legislativa está claramente determinada por la ley", siempre será posible sostener que la norma que la complementa es simplemente un decreto reglamentario. La frase es clásica de la jurisprudencia norteamericana, en cuya Constitución, como adelantamos, no se prevén los decretos reglamentarios (ver entre otros "Youngstown Steel and Tube Co. v/ Sawyer", 343 US 579). Quiroga Lavié, que utiliza indistintamente la denominación "autorizaciones" (*Derecho Constitucional*, p. 834), los caracteriza como "los dictados por el presidente en virtud de una atribución de competencia expresa que le ha delegado el Congreso sobre materias específicamente determinadas", lo que en esencia tampoco contribuye a diferenciarlos de los reglamentarios.

La Corte Suprema ha aclarado que “no existe óbice constitucional para integrar las normas legales con otras disposiciones de distinta jerarquía, dictadas de acuerdo con facultades delegadas expresamente por la ley”. Pero —desde nuestro punto de vista— no ha tenido éxito en delinear las limitaciones; por tanto, es imposible trazar una doctrina general sobre el tema y sigue siendo necesario realizar un estudio caso por caso.

En el caso “Cocchia”, el tribunal, en el voto de la mayoría, expuso:

“Es en razón de sus caracteres propios, precisamente, que en nuestro sistema no puede considerarse la existencia de «reglamentos delegados» o de «delegación legislativa» en sentido estricto, entendiendo por tal al acto del órgano legislativo por el cual se transfiere —aun con distintos condicionamientos— en beneficio del «Ejecutivo» determinada competencia atribuida por la Constitución al primero de tales órganos constitucionales. Por el contrario, en nuestro sistema, amén de los reglamentos «autónomos» cuya fuente puede encontrarse en el art. 86, inc. 1, de la Constitución y de los reglamentos de emergencia, originados en el presupuesto constitucional de la subsistencia misma del sistema (ver la ya citada causa «Peralta»), el inc. 2 de la misma norma establece como competencia del Ejecutivo la de expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias. Se encuentran así determinados los reglamentos de ejecución, es decir aquellos que se sancionan para poner en práctica las leyes cuando éstas requieren alguna determinada actividad del Poder Ejecutivo para su vigencia efectiva”. Añade que en este caso “inevitablemente el Ejecutivo deberá disponer cómo se llevará a cabo tal actividad”. Existen otros supuestos en los que “el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, según el juicio de oportunidad temporal o de conveniencia de contenido que realizará el poder administrador”. Este último párrafo explica por qué algunos autores, como Quiroga Lavié, denominan “autorizaciones” a las delegaciones. El Congreso ha delegado en el Ejecutivo el “juicio de oportunidad temporal o de conveniencia de contenido”. En otras palabras, lo ha *autorizado* para decidir en qué tiempo implementará la norma y cuál será su contenido específico.

2. La Constitución enumera —como hemos visto— en el art. 75 las atribuciones del Congreso, y la reforma de 1994, en el art. 76, se

propuso precisar algunos conceptos vinculados con la delegación legislativa.

La norma comienza estableciendo el principio general, que consiste en que *“se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo...”*. Pero a continuación establece las excepciones que desmienten la afirmación anterior:

“...salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública...”.

Ambos conceptos son de una extrema vaguedad y vacían de contenido la prohibición que establece la primera parte. En efecto, si las materias son de administración, los decretos o son autónomos o son reglamentarios; en consecuencia, la previsión es innecesaria.

Como bien lo advierten Sabsay y Onaindia (p. 243), la apelación a la emergencia no constituye un límite preciso en la realidad institucional argentina, máxime cuando —como veremos más adelante— se han institucionalizado los decretos de necesidad y urgencia. Es decir que parecería que esta segunda parte es complementaria del art. 99, inc. 3.

La última parte del primer párrafo establece dos condiciones:

- a) *plazo fijado para su ejercicio;*
- b) *dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.*

El primer requisito es innecesario. En la práctica, algunas leyes, como las de policía sobre determinadas actividades, requieren por su esencia que la delegación se ejerza durante todo el lapso de vigencia de la ley⁵. Esto implica entrar en una intrincada polémica acerca de si este extremo constituye plazo o condición.

La segunda condición equivale —aunque con menor precisión— al requisito establecido por la Corte de “política legislativa claramente determinada por la ley”, al que ya nos hemos referido.

El segundo párrafo del art. 76 determina:

“La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

⁵ Alberto Bianchi, sin pretender ser exhaustivo cita las siguientes leyes: Ley de Abastecimiento 20.680; Ley de Lealtad Comercial 22.802; Ley de Comercialización de Especialidades Farmacéuticas 18.691, y Ley de Promoción Industrial 23.614.

Es arduo realizar una interpretación lógica de esta norma. Nos parece que si estos decretos —que debe refrendar el jefe de gabinete y están sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente (art. 100, inc. 12)— se dictan en un plazo que excede el establecido por el Congreso para su ejercicio, son nulos de nulidad absoluta y no pueden tener efecto alguno para los administrados.

Distinto es el caso de las normas a que alude la cláusula transitoria 8ª, es decir, *“la legislación delegada preexistente”*. Las relaciones jurídicas nacidas al amparo de legislación delegada preexistente a la reforma tienen plena validez; en consecuencia, su caducidad por el vencimiento del plazo de cinco años fijado por la cláusula transitoria 8ª no puede importar la revisión de las relaciones jurídicas nacidas a su amparo.

Es por ello que entendemos que ha habido un error de compaginación en este artículo y la cláusula transitoria. En efecto:

El art. 2, punto G, b, párrafos 2º y 3º (Núcleo Básico de Coincidencias), de la ley 24.309 de convocatoria, en los cuatro párrafos que transcribiremos a continuación, preveía:

“Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo salvo materias determinadas de administración o de emergencia pública y con plazos fijados para su ejercicio”.

“Es necesario el refrendo del jefe de gabinete para el dictado de los decretos del Poder Ejecutivo que ejerzan facultades delegadas por el Congreso nacional. Esos decretos se hallan sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente”.

“La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio, caducará automáticamente a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso nacional ratifique expresamente por una nueva ley”.

“La caducidad resultante del transcurso de los plazos previstos en los párrafos anteriores no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

El primer párrafo constituye el núcleo del art. 76. El segundo pasó a integrar con otra redacción el inc. 12 del art. 100. El tercero se incorporó a la cláusula transitoria 8ª. Y el cuarto —a pesar de que era complementario de lo que hoy es la cláusula transitoria— quedó en el art. 76. Su sentido básico era regular los efectos jurídicos de las caducidades que operarían a los cinco años y no de los decretos que se dictasen después de la sanción de la reforma.

La idea del Núcleo Básico de Coincidencias —como hemos visto— era que el jefe de gabinete y la Comisión Bicameral Permanente controlaran el ejercicio de la delegación.

Este concepto pasó al inc. 12 del art. 100, que dispone entre las atribuciones del jefe de gabinete:

“Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente”.

El control sustantivo en este contexto es harto ambiguo, por lo que sus alcances deberán ser precisados por la ley que reglamente la Comisión Bicameral Permanente. Desde nuestro punto de vista, si la reforma intenta tener coherencia en este tema —y dar sentido al segundo párrafo del art. 76—, la ley reglamentaria deberá disponer que antes de que los reglamentos delegados entren en vigencia, la Comisión deberá pronunciarse al respecto.

B) EL JUICIO POLÍTICO

El juicio político no es una función legislativa del Congreso sino una competencia de tipo político que tiene por objeto someter a juicio de responsabilidad a determinados funcionarios públicos. La finalidad de la acusación que le sirve de sustento es separarlos de sus cargos, impidiendo de ese modo que finalicen su mandato. El principio general que se reitera en la doctrina clásica consiste en que es una institución que tiene por objeto impedir que un mal funcionario, cualquiera que sea la causa que motiva la falta de idoneidad, permanezca en el cargo (Manuel A. Montes de Oca, *Lecciones de Derecho Constitucional*, t. II, p. 223, Buenos Aires, 1903). Reitera esta posición José Manuel Estrada, cuando sostiene que la institución “no tiene más objeto que averiguar si un funcionario es o no hábil para continuar en el ejercicio de sus funciones” (*Curso...*, t. III, p. 270). La idea fundamental es que el propósito del juicio político no es el castigo de la persona, sino la protección de los intereses públicos contra el peligro por el abuso del poder oficial, descuido del poder o conducta incompatible con la dignidad del cargo” (Joaquín V. González, *Manual...*, p. 504). A su vez, Germán Bidart Campos señala: “El juicio político no persigue castigar sino *separar del cargo...* o sea alejar del ejercicio del poder a quien es portador del mismo. Por eso el juicio político termina o agota su objetivo cuando el funcionario se separa o ya no está en el cargo” (*Derecho Constitucional del Poder*, t. I, ps. 380

y 381). Éste fue también el criterio de la Corte Suprema en el caso "Yrigoyen" ("Fallos", 162:133, 1931) cuando el presidente derrocado por el golpe militar de 1930 cuestionó la competencia de la justicia penal para juzgarlo, en virtud de que no había sido sometido previamente al juicio político, para que cesara su inmunidad.

1. Antecedentes.

Como en tantas otras instituciones vinculadas con el derecho parlamentario, encontramos los antecedentes mediatos en Gran Bretaña. La prerrogativa del Parlamento de someter a juicio de responsabilidad —que tenía alcances muy amplios y fue usada con poca frecuencia— constituía una herramienta de control del Parlamento sobre la administración y lo habilitaba para remover, bajo ciertas condiciones a *todos los funcionarios*. De allí pasó a la Constitución de Filadelfia, que distingue, en lo que se refiere a las causales de impugnación, entre los jueces cuya inamovilidad dura mientras observen buena conducta (art. III, Sec. 1^a) y el presidente, vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos, que sólo pueden ser impugnados (*impeached*) por "traición, cohecho u otros delitos y faltas" (art. II, Sec. 4^a).

La institución del juicio político pasó de la Constitución de Filadelfia a nuestros primeros documentos institucionales (Proyecto de Constitución de la Comisión Especial designada por el Segundo Triunvirato, Caps. IX y X) y luego a las Constituciones de 1819 y 1826 (arts. 19, y 27 a 29), que fue el antecedente inmediato del texto de 1853, que disponía que la Cámara de Diputados "ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente y vicepresidente de la Confederación y a sus ministros, a los miembros de ambas Cámaras, a los de la Corte Suprema de Justicia y a los gobernadores de provincia por delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos, violación de la Constitución u otros que merezcan pena infamante o de muerte...".

Este artículo fue quizás uno de los más criticados por la Comisión del Estado de Buenos Aires, que en 1860 examinó la Constitución, haciendo notar que había una confusión entre "crímenes de un carácter puramente político y el mal desempeño de las funciones... con los crímenes ordinarios que son los que merecen pena infamante o de muerte...". La Comisión también hizo notar el error que significaba incluir en el juicio político a los miembros de ambas Cámaras y a los gobernadores de provincia que calificó como una "confusión" cuya fuente era la Constitución

unitaria de 1819. Finalmente, advirtió que era conveniente adoptar la redacción de la Constitución de Nueva Granada (Ravignani, *Asambleas...*, t. IV, ps. 980 a 983).

El texto sancionado fue el siguiente:

“Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, sus ministros y a los miembros de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores de la Nación, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño de sus funciones; o por crímenes comunes...”

2. Sujetos pasivos.

Desde la década de 1940, parte de la doctrina y numerosos proyectos de reformas a la Constitución propusieron que los jueces de los tribunales inferiores de la Nación fueran excluidos del juicio político y removidos por un jurado de enjuiciamiento. Ésta fue la solución adoptada en la reforma de 1994. A su vez, incluyó entre quienes son pasibles del juicio de responsabilidad al jefe de gabinete de ministros. En la actualidad, por tanto, los sujetos pasivos del juicio político son:

- a) el presidente;
- b) el vicepresidente;
- c) el jefe de gabinete de ministros;
- d) los ministros;
- e) los miembros de la Corte Suprema de Justicia.

3. Causales.

a) Mal desempeño.

Para interpretar las causales que habilitan el juicio de responsabilidad es preciso recordar un principio que de alguna manera constituye una tautología: *es un juicio político*. Es decir que se rige por un principio inverso al que regla el juicio penal. Respecto de éste, el principio básico es el de inocencia, que está profundamente vinculado con el de legalidad: aquélla se presume. En el juicio político el principio básico es el de idoneidad, que abarca también los aspectos éticos. Ésta no se presume; por el contrario, debe demostrarse antes y durante el desempeño de los cargos públicos.

Nuestra Constitución ha unificado en un solo texto las causales que corresponden al Poder Ejecutivo y sus funcionarios

y las que corresponden a los miembros del Poder Judicial de la Nación, que hoy está limitado a los ministros de la Corte Suprema. La letra de la Constitución de Estados Unidos distingue entre los jueces que pueden ser removidos cuando no cumplan con el requisito de buen comportamiento y el presidente y vicepresidente que sólo pueden ser *impugnados* (*impeached*) por traición, cohecho u otros delitos y faltas. No obstante, como quedó probado en la acusación al presidente Nixon hecha por la Comisión de Justicia de la Cámara de Representantes, el concepto de delitos y faltas es amplio; en el caso, la acusación se fundó en tres cargos: a) “que obstruyó e impidió la administración de justicia comprometiéndose en forma personal y a través de sus subordinados y agentes en un curso de acción o plan para impedir la investigación y ocultar la existencia y alcance de otras actividades ilegales encubiertas”; b) “que trató de obtener del Servicio de Impuestos Internos, en violación de los derechos constitucionales de los ciudadanos, información confidencial que obraba en las declaraciones, con propósitos no autorizados por la ley”; c) “que omitió sin causa legal o excusa de presentar cosas y documentos tal como lo habían dispuesto mandatos emitidos en debida forma por el Comité de Justicia... y desobedeció conscientemente esos mandatos”. De estos cargos, sólo el primero constituía un delito federal (Tribe, ps. 292 y 293).

Desde nuestro punto de vista, la definición constitucional de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones debe verse desde el enfoque de las atribuciones privativas y la división de poderes. Es decir que la causal de mal desempeño no puede tener fundamento en el ejercicio de competencias discrecionales o de acciones privadas “exentas de la autoridad de los magistrados”. El tema de las atribuciones privativas fue tratado en el juicio político al Dr. Roberto Repetto. En efecto, en su escrito de defensa el ministro de la Corte Suprema afirmó: “Ningún juez puede ser condenado por la doctrina aplicada en sus fallos, en virtud de facultades que le corresponden con exclusión de otro poder... En el caso de los jueces, «mal desempeño» significa cabalmente «mala conducta», toda vez que la Constitución asegura la inamovilidad de los mismos mientras dure su buena conducta, es decir, mientras el magistrado gobierne su vida con la dignidad inherente a su investidura. «Mala conducta» significa «una grave falta moral demostrativa de carencia de principios y de sentido moral... Esta acusación —continúa— intenta revisar los fallos y acordadas de la Corte para discutir lo resuelto por ella o sólo sus motivaciones”. Y agregaba: “La Corte Suprema contribuye de manera fundamen-

tal a mantener el equilibrio de poderes... Ella mantiene la supremacía de la Constitución y al hacerlo define y controla la extensión de los poderes del gobierno... Una acusación fundada en que las decisiones del alto tribunal no concuerdan con el criterio del poder político, demuestra desconocer la independencia del poder judicial que se manifiesta precisamente cuando las declaraciones judiciales se oponen a las decisiones del poder político” (Cámara de Senadores 1946, t. VI, ps. 62 y 63). Estos argumentos pueden trasladarse a la situación de los funcionarios del Poder Ejecutivo. El Congreso no puede interferir en las competencias que le son privativas.

b) Delitos en el ejercicio de sus funciones y crímenes comunes.

Nuestra Constitución, tanto en este artículo como en el 69 (antes, art. 61, sin modificaciones), utiliza la palabra “crímenes”, típica del Código Penal francés de 1810, que diferenciaba entre crímenes, delitos y contravenciones. La distinción entre los dos primeros fue abandonada por nuestro derecho penal desde el Proyecto de 1891; en consecuencia, debe entenderse que esta causal constitucional abarca todos los delitos sin distinción alguna, sean públicos, privados, dolosos o culposos. Todos se hallan comprendidos en la causal de crímenes comunes que señala el art. 52.

La Constitución excluye, de modo terminante, las contravenciones. Creemos que es ocioso —en esta oportunidad— intentar una distinción ontológica entre delitos y contravenciones; basta con afirmar que la competencia para establecer estas últimas es local y que el Congreso sólo puede disponerlas cuando actúa en ese carácter. Dada su característica de local, nos parece inequívoco que no pueden constituir fundamento para la remoción de funcionarios federales.

Tanto nuestro sistema como el de la Carta de Filadelfia disponen que los jueces “conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta” (art. 110). En Estados Unidos se entiende —como hemos dicho— que a falta de disposición expresa acerca de los jueces, ella constituye una causa específica que habilita su remoción.

El art. 52 de nuestra Constitución, en cambio, señala expresamente a los jueces de la Corte Suprema como sujetos pasivos del juicio político, a la vez que se incluye al “mal ejercicio de sus funciones” como fundamento del juicio de responsabilidad. Por tanto, debe entenderse que el requisito genérico del art. 110,

“mientras dure su buena conducta”, no constituye causal de destitución. El asunto fue discutido en extenso en la Cámara de Diputados con motivo de la acusación que se formuló contra el ministro de la Corte Suprema Luis V. Varela, quien había pedido al Poder Ejecutivo el adelanto de varios meses de su sueldo y sobre el cual pesaban cuatro embargos judiciales. La Cámara consideró que era procedente la promoción del juicio político iniciando una investigación, a pesar de que no existía delito ni mal ejercicio de sus funciones. El procedimiento fue clausurado cuando llegó a conocimiento de la Cámara que el Poder Ejecutivo había aceptado la renuncia y le había encomendado un trabajo académico para presentar en la Exposición Universal en París (Cámara de Diputados, 1899, t. I, ps. 40 y ss.).

4. La renuncia y sus efectos.

Recordamos que el principio general en la materia es que el juicio político es una institución que tiene por fin impedir que un mal funcionario permanezca en el cargo. La Corte Suprema ha decidido que “para que el procedimiento del juicio político se ponga en movimiento es indispensable que él se refiera y aplique a uno de los funcionarios enumerados por el art. 45 (hoy, 53) de la Constitución y que se encuentre en el desempeño y posesión de la función pública. Y se comprende esta última exigencia —agregaba— porque si el efecto de la sentencia del Senado es simplemente destituir al acusado, no se ve cómo éste podría realizarse respecto de un funcionario que ha dejado de serlo” (caso “Yrigoyen”). Esta doctrina es clara en el sentido de que el funcionario que ha cesado en su cargo por terminación del mandato o por renuncia no puede ser sometido a juicio político.

Nuestros antecedentes parlamentarios han sido pacíficos en el sentido de que la renuncia del funcionario hace cesar la intervención del Congreso. Ya hemos visto el caso de Luis V. Varela. La jurisprudencia parlamentaria se reiteró ese año en el caso del juez federal en La Plata y, más tarde, en 1946, en el caso del ministro de la Corte Suprema Roberto Repetto.

El Congreso de Estados Unidos ha considerado invariablemente —con una sola excepción (caso del juez William W. Belknap)— que la renuncia del funcionario determina la finalización de los procedimientos por responsabilidad. Un estudio hecho en 1973 indicaba que en los 182 años de vigencia de la Constitución sólo nueve jueces fueron impugnados (*impeached*) y sólo cuatro

fueron destituidos. De los cincuenta y cinco jueces que fueron investigados por la Cámara de Representantes, diecisiete renunciaron en algún estadio de la investigación (Raoul Berger, p. 166).

Como hemos recordado, en julio de 1974, la Comisión de Asuntos Judiciales de la Cámara de Representantes recomendó al cuerpo que acusara al presidente Richard Nixon por los cargos que enumeramos en el punto *a*. El 9 de agosto Nixon presentó su renuncia y frente a ésta la Cámara clausuró los trámites de la investigación. La renuncia puede ser aceptada —como veremos luego— hasta que se inicia formalmente el juicio político, es decir, cuando la Cámara de Diputados presenta la acusación ante el Senado.

5. Procedimiento.

La Constitución ha otorgado a la Cámara de Diputados la facultad de acusar ante el Senado a los funcionarios que hemos enumerado en el punto 2. Éste sustancia la causa y los juzga en juicio público. Las Cámaras cumplen por separado su competencia específica y se rigen por lo que disponen sus respectivos Reglamentos. No requiere el requisito de consenso o acuerdo entre las dos salas que es básico en el proceso legislativo. La tradición histórica indica que la Cámara que representa la voluntad de la Nación es la que tiene a su cargo la investigación y la acusación.

Con el objeto de cumplir con el principio de separar la función de investigación de la de decisión, para evitar abusos de poder, la Cámara de Senadores juzga al acusado.

a) El art. 53 establece tres instancias en la actuación de la Cámara de Diputados:

Primero: Debe tomar conocimiento de los hechos: “*después de haber conocido de ellos*”. Es decir que la Comisión pertinente (de Juicio Político) recibe las denuncias, lo que no impide que pueda “conocer” de oficio a pedido de uno de sus integrantes. Luego, si en principio lo considera pertinente, la Comisión abre la investigación y dictamina sobre ella elevándola al plenario de la Cámara.

Segundo: Declara “*haber lugar a la formación de la causa*”. Para ello requiere las dos terceras partes de los miembros presentes.

Tercero: “*Ejerce el derecho de acusar ante el Senado*”. Es decir que realiza formalmente la acusación solicitando la destitución y la envía al Senado.

Con esto termina la etapa previa que no es propiamente juicio, sino acusación.

b) El art. 59 establece que: "Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto". El *juicio*, que es público, se sustancia ante la Cámara de Senadores. La Comisión de Justicia de la Cámara dictaminó en 1924 que "el legislador que como miembro de la Cámara de Diputados da su voto para que se acuse a un magistrado ante el Honorable Senado, no prejuzga acerca de la culpabilidad del mismo. Lo único que aquella Cámara resuelve, según disposición expresa del art. 45 (hoy, 53), es si hay lugar a la formación de la causa". El Senado que se constituye en tribunal es el que *forma y sustancia la causa*, debiendo sus miembros prestar juramento de "administrar justicia con imparcialidad y rectitud conforme a la Constitución y a las leyes de la Nación" (Senado, Reglamento para el Juicio Político, art. 1).

Cuando el acusado es el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema (art. 59 de la Constitución).

En virtud de lo que dispone el art. 2 del Reglamento, el legislador designado por la Cámara de Diputados lee la acusación ante el Senado; éste confiere traslado al acusado y decide si corresponde la apertura a prueba. Producida la prueba, se alega sobre ésta. Luego, en sesión pública, el senador que preside el tribunal se dirige a cada uno de los senadores y pregunta si el acusado es culpable de los cargos que se le imputan. Los senadores contestan por sí o por no a cada cargo. Para que el acusado sea destituido es necesario, conforme a lo que establece el art. 59 de la Constitución, que resulte mayoría de dos tercios de los presentes sobre alguno de los cargos. El mismo procedimiento se realiza para decidir sobre la sanción supletoria que habilita el art. 60 de la Constitución. A continuación, el tribunal pasa a cuarto intermedio para redactar la sentencia, la que es leída al acusado.

6. Efectos del enjuiciamiento y de la sentencia.

De todos los funcionarios que mencionamos en el punto 2, los únicos que han sido sometidos a juicio político en nuestra historia institucional son los ministros de la Corte Suprema. En la ocasión, este tribunal decidió que "la sola iniciación y trámite del juicio político a ministros de la Corte Suprema no obsta a que los mismos conozcan en las causas pendientes ante el tribunal, por no existir

ley alguna que lo prohíba” (“Fallos”, 206:372, 1946). Es decir que la promoción del juicio político no implica la suspensión de los funcionarios.

El art. 60 de la Constitución dispone:

“Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios”.

El objeto sustancial, como hemos visto, es la separación del cargo, y existe uno subsidiario que es “declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación”, es decir, en el ámbito del gobierno federal. El Reglamento del Senado ha interpretado que esta inhabilitación puede ser por tiempo indeterminado o determinado (art. 15), lo que implica en cierto modo que ésta es una pena accesoria, dado que no tiene por objeto impedir definitivamente la función, pues quien ha sido destituido podría volver a la función después de un lapso determinado. Por su parte, la Constitución, preservando las autonomías provinciales, se refiere exclusivamente al ámbito del gobierno federal. Como veremos en el Capítulo XIII, punto 7, la reforma de 1994 ha excluido la posibilidad de que el jurado de enjuiciamiento —previsto en el art. 115— aplique esta accesoria a los jueces de los tribunales inferiores.

El funcionario *condenado* puede ser sometido a juicio por responsabilidad penal o reparatorio en sede civil. La *condena* a que se refiere la Constitución tiene carácter exclusivamente político.

7. Revisión judicial.

A partir del clásico caso del gobernador de Salta Joaquín Castellanos (“Fallos”, 136:147, 1922) la Corte Suprema declaró su incompetencia para rever por la vía del recurso extraordinario las decisiones de los juicios políticos. El fundamento básico fue que “el recurso extraordinario se refiere únicamente a las decisiones del Poder Judicial... es decir, a las sentencias finales en cualquier pleito seguido ante los tribunales de justicia. El tribunal de juicio político no es un tribunal de justicia”.

En la sentencia recaída en el caso “Grafigna Latino” (CS, junio 19-1986) la Corte Suprema modificó su jurisprudencia y afirmó que era necesario distinguir entre aquellas situaciones en las que el recurso se funda en conflictos de poderes y “los supuestos en los

que se trata de hacer valer a favor de personas individuales las garantías de la defensa en juicio". Sostuvo que en este último caso las garantías pueden encontrar protección por vía del recurso extraordinario.

La doctrina de este caso se refiere a supuestos de enjuiciamiento de funcionarios provinciales en los cuales el argumento básico, que impide que la Corte se dedique al conocimiento de la causa, consiste en que la reforma de 1860 —en resguardo de las autonomías provinciales— suprimió de la Constitución de 1853 (art. 101) la potestad del tribunal para decidir "de los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia". En el debate en la Asamblea se recordó expresamente que "los choques entre ellos son definidos por un *juicio político* o por otros medios creados por las respectivas constituciones" (Ravignani, Emilio, *Asambleas... cit.*, t. IV, p. 986).

En el caso "Nicosia" (CS, diciembre 9-993), la Corte por primera vez —en un voto dividido— se pronunció en favor de la procedencia de la revisión judicial de las decisiones del juicio político en el orden nacional.

La decisión de la mayoría expuso los siguientes argumentos: a) este tipo de procesos está protegido por la garantía de la defensa en juicio, prevista en el art. 18 de la Constitución y es del resorte de la Corte Suprema juzgar sobre la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes y el exceso de atribuciones en la que éstos pudieran incurrir; b) la violación de la defensa en juicio puede y debe ser reparada por los jueces de acuerdo con el principio de supremacía de la Constitución y con arreglo al control de constitucionalidad judicial y difuso; c) así como el juzgamiento por el Senado puede servir para controlar las responsabilidades de los funcionarios mencionados en el art. 45 de la Constitución Nacional, la revisión judicial puede asegurar que el Senado se ajuste a un mínimo conjunto de estándares de procedimiento en la conducción de los juicios políticos.

Aunque el art. 115 de la reforma de 1994 establece que el fallo del jurado de enjuiciamiento *será irrecurrible*, nos parece inequívoco que los argumentos del tribunal en el caso "Nicosia", fundados en garantías individuales, pueden proponerse también para las decisiones de los jurados. Creemos pertinente, por tanto, hacer algunas reflexiones.

Quien estudie, aun en forma somera, un juicio político concreto, deberá convenir en que, por las propias características del procedimiento y por la constitución de los órganos que intervienen, estos juicios serán siempre susceptibles de ser atacados por arbitrarie-

dad. El juicio de remoción de magistrados difiere en forma sustancial del juicio penal. En este último, el principio básico es *in dubio pro reo*, mientras que en el juicio de remoción éste es sustituido por el requisito constitucional de idoneidad, la que no se presume y su ausencia debe ser causal para que proceda la remoción del funcionario.

Pensamos que la jurisprudencia actual de la Corte Suprema, aunque puede ser modificada con nuevos argumentos con motivo de la reforma constitucional, implica que en los hechos el tribunal federal podrá erigirse en la última instancia de todos los juicios políticos y de remoción de magistrados que se sustancian en todo el territorio nacional.

En el caso de los juicios políticos sustanciados por los poderes provinciales, se trata de competencias propias de sus poderes constituidos que han sido reservadas conforme al sistema de la Constitución Nacional. La intervención de la Corte Suprema en la revisión de estas decisiones también lesiona principios que conciernen a la organización federal.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Poderes económicos y financieros:

Richard D. Heffner, *Historia documental de los Estados Unidos*, Ed. Arayú, 1955, ps. 51 y ss.

Eduardo Fernando Luna, *Bancos, Monedas, Pesas y Medidas*, en Dardo Pérez Guilhou, *Atribuciones del Congreso Argentino*, Ed. Depalma, 1986, p. 129.

Félix A. Trigo Represas, *La ley de convertibilidad a un año y medio de su vigencia*, "L.L.", 1992-D, p. 1081.

Límites interprovinciales:

Susana Albanese, *Atribuciones del Congreso en la fijación de los límites interprovinciales*, "L.L.", 1985-A, p. 837.

Autonomía universitaria:

Carlos E. Colautti, *Una valiosa disidencia (A propósito del fallo "Universidad de Buenos Aires c/ Estado nacional")*, "L.L.", 1991-E, p. 136.

Humberto Quiroga Lavié, *La autonomía universitaria*, "L.L.", 1987-B, p. 724.

Fuerzas armadas:

Carlos E. Colautti, *La aplicación de la jurisdicción militar a los civiles*, "L.L.", 1981-D, p. 1041.

Miguel Ángel Ekmekdjian, *Un proyecto de ley que reivindica las atribuciones del Congreso nacional en materia militar*, "L.L.", 1994-D, p. 1193.

Leyes de amnistía:

José Luis Amadeo, *Ley 22.924 de Pacificación Nacional*, "L.L.", 1984-A, p. 534.
Dardo Pérez Guilhou, *Los Jueces de Facto. Amnistía Política*, Ed. Depalma, 1983.

Cuenta de inversión:

Guillermo Molinelli, *Presidentes y Congresos en la Argentina*, Grupo Editor Latinoamericano, 1991.

Delegación legislativa:

Carlos E. Colautti, *La delegación de facultades legislativas y la reforma constitucional*, suplemento diario "Revista Jurídica La Ley" del 29 de marzo de 1996.

Alberto B. Bianchi, *La delegación legislativa*, Ed. Ábaco, 1990.

Alfonso Santiago (h.), *Entre la eficacia y el control del poder político: un trascendente fallo de la Corte sobre delegación legislativa*, "L.L.", 1994-B, p. 633.

Juan F. Segovia, *Delegación de facultades legislativas*, en Dardo Pérez Guilhou y otros, *Atribuciones del Presidente argentino*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

Jorge Reinaldo Vanossi, *Límites constitucionales a la delegación de facultades*, "Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional", n° 36, año 1986.

Juicio político:

Raoul Berger, *Impeachment: the constitutional problems*, Harvard University Press, 1973.

Carlos E. Colautti, *El recurso extraordinario y el enjuiciamiento a los funcionarios políticos*, "L.L.", 1992-D, p. 1.

— *El juicio político y la renuncia de los magistrados*, "L.L.", 1991-B, p. 1090.

Fernando Díaz Cantón, *Revisión judicial del juicio político*, "L.L.", 1994-E, p. 1163.

Edgardo Fernando Luna, *El juicio político*, en Dardo Pérez Guilhou y otros, *Atribuciones del Congreso Argentino* cit., ps. 527 y ss.

Jorge Reinaldo Vanossi, *La posibilidad constitucional del juicio político a los ex funcionarios*, "J.A.", t. 1985-III, p. 766.

Garantías de los pueblos indígenas:

Gonzalo y Juan Fernando Segovia, *La protección de los indígenas*, en Dardo Pérez Guilhou y otros, *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, Ed. Depalma, 1995.

CAPÍTULO X

ÓRGANOS DE CONTROL

La reforma de 1994 incluyó en la Sección que se refiere al Poder Legislativo dos capítulos, el sexto y el séptimo que tratan sobre las instituciones de la Auditoría General de la Nación y del Defensor del Pueblo. Ambos organismos habían sido regulados legalmente con anterioridad. La reforma tuvo entonces por objeto conferir rango constitucional a lo que ya existía.

A) EL DEFENSOR DEL PUEBLO

1. Conceptos preliminares.

Uno de los axiomas básicos del derecho constitucional es el control de los actos de gobierno. En la teoría contemporánea, ante el aumento de las funciones del Estado, se ha desarrollado el principio de que a mayor poder corresponde mayor control. Ésta es una de las fases del proceso gubernamental, junto con la decisión y la ejecución. La tradicional división orgánica de los poderes ha sido reemplazada por una división funcional que corresponde con mayor exactitud a la dinámica del Estado contemporáneo.

Entre las instituciones que con este fin han ingresado en el derecho actual está la figura que el art. 86 de la Constitución denomina Defensor del Pueblo, cuyo objeto es reforzar la protección de los administrados frente a la administración.

Como en tantos otros aspectos, las constituciones provinciales ya habían avanzado en este sentido. El órgano está incorporado a las de San Juan, Córdoba, Salta, La Rioja, San Luis y Río Negro. La institución se organizó en la Capital Federal en 1985.

En el derecho comparado, esta figura, con distintas denominaciones, pasó de los países escandinavos (Suecia, Finlandia, Dinamarca, Noruega) a Nueva Zelanda, Alemania, Gran Bretaña

y Francia. En 1978 fue incorporada a la Constitución de España y más tarde, entre otras, a la Constitución de Guatemala.

La institución tuvo una larga gestación en el orden nacional. En 1972 se presentó el primer proyecto ante el Congreso (diputado Auyero). En 1984 se insistió en el Senado (senadores Libardo Sánchez y Eduardo Menem). Finalmente, en diciembre de 1993, es decir, antes de que fuera incorporado como órgano de la Constitución, se sancionó la ley 24.284 que regula la institución. Fue reformada en septiembre de 1994 para que concordara con los principios constitucionales.

Podemos decir que, en teoría, la institución Defensor del Pueblo constituye un control independiente y despolitizado de las actividades de la administración. Su objetivo fundamental es corregir los errores de aquélla y, subsidiariamente, defender los derechos tanto individuales como colectivos. En los hechos, en su breve historia como órgano del gobierno nacional, el Defensor ha demostrado imparcialidad e independencia frente a la Administración y demás órganos del poder. Existe, no obstante, un consenso general acerca de que en el lapso de su desempeño los resultados no pueden calificarse como exitosos.

2. Dependencia.

“El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad...” (art. 86, primera parte). La descripción de que está instituido en el ámbito del Congreso no implica que forma parte del Congreso, y está claramente descrito que actúa con plena autonomía funcional y sin recibir instrucciones. En nuestra organización, la figura no es la de un comisionado parlamentario, que es la denominación que tiene en España.

El Defensor, conforme a la Constitución, es designado y puede ser removido por el Congreso. La ley prevé que sus remuneraciones son establecidas por el Poder Legislativo y que debe dar cuenta anualmente a las Cámaras, mediante un informe, de la labor realizada. Estos informes serán publicados en el Boletín Oficial y en los diarios de sesiones de ambas Cámaras, y la copia será enviada para su conocimiento al Poder Ejecutivo (art. 31, ley 24.379).

El art. 32 de la ley 24.248 señala que en el informe “no deben constar datos personales que permitan la pública identificación de los interesados en el proceso investigador”.

La autonomía funcional deriva de que actúa de oficio o a petición de los interesados, pero no recibe instrucciones en cuanto a su proceder (art. 14, ley 24.284).

El órgano está compuesto por el Defensor y dos adjuntos que son designados por una comisión bicameral especial (art. 13, ley 24.248).

3. Funciones.

En virtud de la Constitución, tiene dos funciones básicas:

a) *la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración;*

b) *el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.*

El segundo aspecto se refiere a “la investigación conducente al esclarecimiento de los hechos, actos u omisiones... que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos” (art. 14, ley 24.284), sin perjuicio de su legitimación para solicitar por la vía del amparo para que cese o se deje sin efecto el hecho, acto u omisión de que se trata. El art. 16 de la ley 24.284 define que quedan comprendidas en el concepto de Administración, la administración centralizada y descentralizada, y las empresas del Estado y todo otro *organismo del Estado* cualquiera fuese su naturaleza jurídica. También están comprendidas “las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y *las privadas prestadoras de servicios públicos*” (art. 17).

Quedan excluidos “el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los organismos de defensa”.

Una primera visión indica que son funciones de una excesiva amplitud. La carga de la tarea posible es un problema prioritario, dado que puede ocasionar que se frustre la eficiencia de la labor.

Desde luego que excede de sus funciones —como aclara la ley— “modificar, sustituir o dejar sin efecto las decisiones administrativas... Sin perjuicio de ello, puede proponer la modificación de los criterios utilizados para su producción” (ley 24.248, art. 27).

4. Legitimación.

El art. 86 prevé:

"El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal..."

El tema debe vincularse en esencia con lo previsto por el art. 43 de la Constitución:

"Toda persona puede interponer acción... de amparo... contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley".

Más adelante, la norma otorga al Defensor expresa legitimación *"contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general"*.

Vinculando los arts. 86 y 43, podemos diseñar los siguientes principios:

a) Una vez que el Defensor ha llegado a la conclusión de que existe un acto de la administración, en el concepto amplio que hemos visto, que implica el ejercicio ilegítimo, defectuoso, etc., de sus funciones, aquél puede interponer acción de amparo para que cese el hecho, acto u omisión. Es decir que el Defensor puede interponer la acción de amparo contra la Administración, reconocida en el art. 86 de la Constitución, en todos aquellos casos en los que ejerce las atribuciones que le reconoce la ley 24.284.

b) También puede interponer acción de amparo para la defensa de los derechos a los que se refiere el art. 43, segundo párrafo, de la Constitución; es decir, cuando advierta *"cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general"*. Este último concepto abarca a los anteriores, por lo que debe entenderse que la enumeración no es taxativa.

El Defensor puede, pues, promover acción de amparo en todos aquellos casos en los que exista discriminación o en los que estén comprometidos derechos de incidencia colectiva. Entendemos que encontramos una única excepción a su legitimación en los casos en los que existe un inequívoco titular de la acción y éste cuenta razonablemente con los medios para su propia defensa.

c) Las normas constitucionales que reconocen la legitimación del Defensor son directamente operativas, a partir de la conocida jurisprudencia de los casos “Kot S.R.L.” y “Siri”.

Los jueces deberán, en su caso, integrar las disposiciones constitucionales y las de las normas que en cada jurisdicción sean aplicables al amparo.

5. Designación, remoción, inmunidades.

“Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez” (art. 86, segundo párrafo).

El texto es inequívoco en cuanto a la designación y remoción.

En lo que se refiere a las inmunidades y privilegios, la reforma ha incurrido en un error. Como ya hemos visto, los legisladores no tienen privilegios; éstos son colectivos y pertenecen a las Cámaras.

Las inmunidades de los miembros del Congreso son, en síntesis, la de expresión, la de inmunidad contra el arresto y las limitaciones en cuanto al proceso. La inmunidad de expresión, dadas las extensas responsabilidades de este funcionario y el carácter de órgano de control de la institución, debe ser interpretada en un sentido amplio. Cubre todas las expresiones que tengan vinculación con el cargo desempeñado y no sólo las que incluya en sus dictámenes, presentaciones e informes.

El art. 12, conforme a la reforma de la ley 24.379, regula la inmunidad contra el arresto. Ésta se justifica porque el Defensor debe tener independencia para proteger a los habitantes “ante hechos, actos u omisiones de la Administración”. La norma, después de disponer que goza de las inmunidades establecidas en la Constitución para los miembros del Congreso, establece que “en caso de ser sorprendido *in fraganti* en la ejecución de un delito doloso, se deberá dar cuenta a los presidentes de ambas Cámaras con la información sumaria del hecho”.

La ley no dispone una limitación para el proceso, sino que se limita a prever que “cuando se dicte auto de procesamiento por la justicia competente... podrá ser suspendido en sus funciones por ambas Cámaras hasta que se dicte sobreseimiento definitivo a su favor”. Es decir que habilita al Congreso para suspenderlo en su cargo.

El art. 86 termina señalando que “la organización y funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley *especial*”. Recordamos que la ley ya fue dictada. Es la 24.378, modificatoria de la 24.281 anterior a la sanción de la reforma, lo que implica que la calificación de *especial* haya quedado fuera de contexto.

B) AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

1. Conceptos preliminares.

El art. 85 confiere rango constitucional a la Auditoría General de la Nación. Antes de la reforma ya se había sancionado la ley 24.156, que reglamentaba el ente de control e implementaba una instancia independiente, de origen parlamentario, para supervisar los intereses de toda la Administración, entendida en el sentido amplio, dado que comprendía los órganos centralizados y descentralizados.

Podemos recordar que existen tres modelos básicos de control de las cuentas del Estado: el francés, que se remonta a los tiempos de Napoleón y que actúa a través de los tribunales de cuentas con dependencia de la Administración; el italiano, con tribunales semejantes a los órganos de justicia totalmente independientes de la Administración y del Parlamento, y el modelo anglosajón, en el cual los organismos dependen del Congreso como órgano representativo de la voluntad popular y ante quien la Administración debe rendir cuentas acerca de la ejecución del presupuesto.

Este último es, en general, el criterio adoptado hoy en Latinoamérica por Chile, Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia, Venezuela y México. Es también el que sigue, con variantes, Israel. En América, sólo Uruguay y Brasil conservan el sistema de tribunal de cuentas con dependencia administrativa.

El art. 85, primera parte, de la Constitución establece que “*el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo*”.

Parece lógico que esto sea así, dado que el Congreso es en definitiva el Poder que “*aprueba o desecha la cuenta de inversión*” (art. 75, inc. 8).

La norma constitucional continúa señalando que “el examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los

dictámenes de la Auditoría General de la Nación” (art. 85, segunda parte). Es decir que, según la Constitución, el organismo, además de su función sustancial de auditoría, tiene también como función el control operativo.

El Congreso se expresa conforme a los dictámenes de la Auditoría en lo que atañe al “desempeño y situación general de la administración pública”. Por eso, el tercer párrafo la caracteriza como “*organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional...*”.

La ley 24.156 define que “el ente creado es una entidad con personería jurídica propia e *independencia* funcional. A los fines de asegurar ésta, cuenta con *independencia financiera*” (art. 116).

2. Atribuciones.

El párrafo 4º del art. 85 dispone: “Tendrá a su cargo el control de *legalidad, gestión y auditoría* de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización... Intervendrá *necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos*”.

La ley 24.156 hace una enumeración analítica de las atribuciones de la Auditoría: “Es materia de su competencia:

”el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial y legal;

”el dictamen sobre los estados contables financieros de la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios y los entes privados adjudicatarios de los procesos de privatización en cuanto a las obligaciones emergentes de los referidos contratos” (art. 117, párrafo 1º).

También es competencia de la Auditoría el control externo posterior del Congreso. La Corte Suprema de Justicia acordará con la Auditoría el control externo posterior (art. 117, párrafos 4º, 5º y 6º).

La Auditoría debe desarrollar un programa de acción anual de control externo de acuerdo con las directivas que fije la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y las Comisiones de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras del Congreso. En estos aspectos, en consecuencia, funciona como órgano dependiente del Poder Legislativo. Debe elevar a la Comisión Parlamentaria Mixta

revisora de cuentas un informe anual antes del 1 de mayo de cada año (art. 129, inc. f).

Entre sus funciones está también la de “verificar que los órganos de la Administración mantengan el registro patrimonial de sus funcionarios públicos. A tal efecto todo funcionario público con rango de ministro, secretario, subsecretario, director nacional, máxima autoridad de organismos descentralizados o integrante del directorio de empresas y sociedades del Estado está obligado a presentar dentro de las cuarenta y ocho horas de asumir su cargo una declaración jurada patrimonial con arreglo a las normas y requisitos que disponga el registro, la que deberá ser actualizada anualmente y al cese de funciones”.

3. Integración.

El art. 85, segundo párrafo, dispone que el organismo “*se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara...*”.

Recordamos que la Auditoría ya había sido creada por ley publicada el 29/11/92. Desde nuestro punto de vista, la implementación constitucional no requiere la sanción de una nueva ley. En caso contrario, la Constitución dispone que ésta debe ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros. No especifica la *totalidad*, como lo hace el art. 75, inc. 4, en relación con la ley-convenio de coparticipación. No obstante, la interpretación debe ser idéntica en ambos casos.

Conforme al art. 123 de la ley 24.156, el presidente es designado por resolución conjunta de los presidentes de las Cámaras de Senadores y de Diputados. La Constitución, a su vez, dispone que “el presidente del organismo será designado *a propuesta del partido político de oposición* con mayor número de legisladores en el Congreso” (art. 85, párrafo 2º, última parte). La designación se ha hecho durante el año 1995, cumpliendo esta previsión de la reforma.

La Auditoría está compuesta por otros seis auditores generales. Duran ocho años en sus funciones y pueden ser reelegidos (art. 121). Tres son designados por resolución de la Cámara de Senadores y tres por la de Diputados (art. 122). Las decisiones de la Auditoría se toman en forma colegiada por mayoría (art. 125, inc. g).

Los auditores podrán “ser removidos en caso de conducta grave o manifiesto incumplimiento de sus deberes por los procedimientos establecidos para su designación” (art. 124).

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Defensor del Pueblo:

Rodolfo Carlos Barra, *La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar*, “L.L.”, 1994-E, p. 1087.

Oswaldo Alfredo Gozaíni, *Legitimación procesal del defensor del pueblo*, “L.L.”, 1994-E, p. 1378.

Jorge L. Maiorano, *El ombudsman y la protección de los derechos del hombre*, “L.L.”, 1992-C, p. 791.

Miguel M. Padilla, *La institución del Comisionado Parlamentario*, Ed. Plus Ultra, 1976.

Auditoría General de la Nación:

Fabiana Haydée Schafrik y Javier Indalecio Barraza, *Sistema de control en la ley 24.156*, “L.L.”, suplemento del 20/7/95.

CAPÍTULO XI

EL PODER EJECUTIVO

1. Características del régimen presidencialista.

Existe consenso en la doctrina acerca de que las características fundamentales de nuestro Poder Ejecutivo —tal como fue diseñado en la Constitución de 1853/60— derivan fundamentalmente de dos vertientes: por una parte, el pensamiento de Alberdi y, por la otra, la Constitución de Estados Unidos.

José Nicolás Matienzo afirma que los antecedentes nacionales “fueron tenidos en cuenta por Alberdi cuando organizó sus *Bases...* Y aconsejó decididamente la creación de un Poder Ejecutivo vigoroso en el gobierno federal, combinado con ejecutivos de poca fuerza en los gobiernos de provincia” (p. 122). Agregando “Él temía más la prepotencia de los gobernadores que la del presidente. Estaba convencido de que el orden y la integridad de la Nación tenían por condición indispensable la existencia de un poder central respetable y eficaz”. Más allá de las disquisiciones que puedan hacerse acerca del poder real de los gobernadores de provincia, el enfoque de Matienzo parece de una extraordinaria lucidez. La Nación requiere un Poder Ejecutivo “eficaz”. Por nuestra parte, podemos recordar que el esquema general de los poderes que la Constitución de 1853 atribuye al presidente estaba ya diseñado en los arts. 81 a 101 de la Constitución de 1826.

En el sistema de la Constitución de 1853/60 el presidente concentraba las atribuciones de jefe de estado, jefe de gobierno, jefe inmediato y local de la Capital Federal, comandante en jefe de las fuerzas armadas, y conductor y responsable de la política exterior de la Nación. De hecho, en la mayor parte de los casos estas atribuciones han estado unidas a la de jefe del partido político mayoritario. No obstante, nos parece de singular lucidez la opinión de Segundo V. Linares Quintana: “Contrariamente a la opinión que prevalece en nuestro país, creemos que el presidente de la Nación Argentina, en la estructura de nuestra Constitución no

tiene mayor suma de poderes que su similar norteamericano; y una comparación prolija entre ambos quizá dejará hasta un saldo de mayores atribuciones en favor del titular del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos. Nuestros constituyentes —agrega—, también en este aspecto de su magnífica obra, revelaron profunda sabiduría y sin par visión y prudencia políticas y si bien, siguiendo en buena parte, pero no en plena medida, el consejo alberdiano, asignaron a dicho magistrado una gran jerarquía institucional, en manera alguna pretendieron romper el equilibrio entre los tres poderes gubernativos, para lo cual enfrentaron a aquél con otros dos poderes de equivalente jerarquía, dentro de un sistema adecuado de controles, encaminado a que en la práctica se mantuviera el necesario balance entre los tres órganos básicos del gobierno federal: legislativo, ejecutivo y judicial” (*Tratado...*, t. IX, p. 222). Podemos añadir que la Constitución de 1853 dedicó un extenso capítulo a los ministros del Poder Ejecutivo. En esto siguió los antecedentes nacionales, que se basaron a su vez en la Constitución de Cádiz de 1812. En efecto, tanto en el Proyecto de Constitución presentado a la Asamblea de 1813 por la Comisión Especial designada por el Segundo Triunvirato (Capítulo XX), como en las Constituciones de 1819 y de 1826 se establecieron pautas precisas sobre esta institución. Esto hizo decir a José Nicolás Matienzo: “Si los políticos argentinos estudiaran un poco más la naturaleza del Poder Ejecutivo y los antecedentes históricos a que responde la institución ministerial, pienso que acabarían por convencerse de que no se consolidará el gobierno constitucional en nuestro país mientras no se devuelva a los ministros lo que la Constitución les ha dado: personalidad propia y responsabilidad efectiva”.

2. Intentos de atenuación del sistema.

Sobre todo a partir de 1955, y con énfasis después de 1984, desde diversas posiciones, se tejieron hipótesis que indicaban que uno de los aspectos de la Constitución de 1853/60 que debía ser motivo de reforma era el de los poderes presidenciales.

Creemos conveniente citar con cierta extensión los argumentos que reproduce el Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia creado por dec. 2446/85, pues consideramos que constituye un antecedente básico de las modificaciones que se intentaron introducir con la reforma de 1994:

“El sistema presidencialista que ahora tenemos concentra un gran cúmulo de facultades en un órgano unipersonal, como es el presidente de la Nación. Los atributos reales de este funcionario, más los que erróneamente se le atribuyen como consecuencia de los anteriores, lo convierten para la población en un centro de referencias de grandes expectativas. Esto provoca una considerable personalización del poder. Tal personalización, por cierto, crea el riesgo de abusos autoritarios, ya que a veces el presidente se ve tentado a obviar limitaciones normativas para satisfacer las expectativas depositadas en él y su correlativa convicción de que tiene una misión trascendente... La personalización del poder resultante de la estructura institucional y su correcto ordenamiento mixto, con connotaciones propias del sistema parlamentario, no puede afectar la existencia del liderazgo político que, ejercido dentro del marco de un Estado de derecho, con plena vigencia de las libertades públicas, resulta beneficioso para la afirmación del sentido de lo nacional, su unidad y su fortalecimiento... La división de funciones ejecutivas entre un jefe de Estado electo popularmente y un jefe de gobierno que surge de un acuerdo tácito o expreso entre el presidente y la Cámara de Diputados descentraliza las atribuciones dispersando las expectativas. El sistema se hace, por consiguiente, menos vulnerable a las contingencias personales de quien ocupa una y otra función. Hay diferentes polos de poder, con lo que las presiones se atenúan... La división de funciones entre la jefatura de Estado y la de gobierno permite distinguir nítidamente la imagen de quien es símbolo de la unidad nacional y la de quien ejerce el gobierno en nombre de uno o varios partidos y debe de estar permanentemente en la arena política en la puja legítima para preservar el poder” (ps. 15 y 16).

Como derivación de este enfoque, en la Declaración del presidente Menem y del ex presidente Alfonsín del 14 de noviembre de 1993 “conviniere en impulsar un proyecto de reforma constitucional que... consolide el sistema democrático y perfeccione el equilibrio entre los poderes del Estado, por medio de: La atenuación del sistema presidencialista por medio de la incorporación de un jefe de gabinete o un ministro coordinador, con responsabilidad frente al presidente y al Congreso”.

Estos principios tuvieron recepción en la ley 24.309, de declaración de la necesidad de la reforma parcial de la Constitución, y llevaron a la creación del órgano constitucional *jefe de gabinete de ministros*, cuyas atribuciones fueron diseñadas en una forma lábil, cuando no contradictoria, por la Convención reformadora y en la práctica han quedado desdibujadas por la

reglamentación que hace de la institución el decreto autónomo 909/95.

3. El presidente.

“El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de «Presidente de la Nación Argentina» (art. 87; antes, 74, sin reformas).

No es consistente dar a la fórmula constitucional otra interpretación que la que deriva de sus palabras. El Poder Ejecutivo es unipersonal, como lo es en la Constitución de los Estados Unidos, que afirma: “el Poder Ejecutivo será investido en un presidente de los Estados Unidos de América” (art. II, Sec. 1^a, párrafo 1^o).

Este artículo indica también la denominación oficial que corresponde a quien desempeña el Poder Ejecutivo: “*Presidente de la Nación Argentina*”, que es la que utiliza la Constitución toda vez que se refiere a él, salvo en el art. 23, en el que alude al *presidente de la República*.

A su vez el art. 99, inc. 1, determina que “*es el jefe supremo de la Nación*”, calificativo que apunta a su carácter de jefe de Estado, o sea, de la representación exterior de la Nación, al que suma el de comandante en jefe de las fuerzas armadas; se complementa con lo que indica a continuación el inciso “*jefe del gobierno y responsable político de la administración del país*”.

La característica de jefe supremo no estaba ni en la Constitución de Filadelfia ni en los demás antecedentes patrios. Encontramos sus raíces en Alberdi (*Proyecto*, art. 85, inc. 1), quien a su vez lo tomó de la Constitución de Chile de 1833. Desde nuestro punto de vista, el concepto aparece un tanto aislado dentro de la estructura total de la Constitución. No obstante, responde en plenitud a la historia previa a la organización y a la dinámica posterior de nuestras instituciones, que siempre ha indicado la existencia de una supremacía presidencial.

4. El vicepresidente.

Ni el Estatuto de 1815 ni el Reglamento de 1817 ni las constituciones de 1819 y 1826 preveían el cargo de vicepresidente. Tampoco lo hacía el Proyecto de Alberdi. El Congreso de 1853 tomó esta institución de la Constitución de Filadelfia. Sin duda, el

objeto fue asegurar la continuidad de la acción ejecutiva, previendo una solución para que ésta no fuera paralizada por la falta transitoria del presidente. También nuestra Constitución siguió el precedente de Estados Unidos al asignarle la función de presidente del Senado (art. 57). A su vez, el Senado designa un presidente provisorio para cuando el vicepresidente, en los casos de acefalía que veremos *infra*, reemplaza al presidente.

Mucho se ha escrito sobre las ventajas e inconvenientes de esta figura. En los Estados Unidos aún no se han despejado las sombras que cubrieron a Lyndon Johnson, quien sucedió al asesinado presidente John F. Kennedy. En nuestro país, el presidente Arturo Frondizi sometió a dura presión al vicepresidente Alejandro Gómez con el objeto de forzar su renuncia. Los documentos de la época aseguran que el vicepresidente Ramón Castillo, quien sucedió en virtud de su renuncia a Roberto Ortiz, dirigió las relaciones exteriores —en el momento signadas por la guerra mundial— en forma opuesta al diseño de su antecesor. En fin, el presidente Carlos Menem optó por no llamar a elecciones para reemplazar al vicepresidente Eduardo Duhalde (que renunció en 1990) sin que este hecho creara problema alguno en su gestión. Con motivo de la renuncia del vicepresidente Alejandro Gómez (1959) se suscitó un debate constitucional acerca de si debía llamarse a elección para cubrir el cargo y cuál era el poder del Estado que debía hacerlo. En este último aspecto se sostuvo la teoría de que el Congreso debía determinar la oportunidad de la convocatoria. En los hechos, una vez aceptada la renuncia del vicepresidente se omitió la convocatoria a elecciones. Creemos que es posible afirmar que en nuestra historia la figura del vicepresidente ha generado más dificultades que soluciones.

a) Requisitos.

“Para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación, se requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; y las demás calidades exigidas para ser elegido senador” (art. 89).

Los términos por demás claros de esta disposición eximirían de otros comentarios. No obstante, consideramos conveniente añadir los siguientes:

a) Tanto la Constitución de 1819 como la de 1826 establecían el requisito de ser argentino nativo. La excepción a los “hijos de ciudadano nativo” fue aconsejada por Alberdi en su Proyecto. En la nota al artículo advertía las razones vinculadas con los exiliados

a raíz de la dictadura de Rosas: “Sin esta reserva no podrían ser electos jefe de su país los infinitos argentinos que han nacido durante los 20 años de emigración a países extranjeros”.

b) La reforma de 1994 ha suprimido el requisito confesional del presidente. La supresión fue propuesta en muy distintas épocas de nuestra historia, y por representantes de todo el espectro político, desde 1903 (Proyecto del diputado Carlos Olivera). Después de la aprobación del Concordato con la Santa Sede (ley 17.032 de noviembre de 1966), cuyos principios han sido incorporados por la reforma de 1994, esta cláusula había perdido su básica razón de ser, dado que el presidente no ejerce ya la prerrogativa del Patronato. El requisito, por su parte, implicaba una preferencia y una exclusión, y, en consecuencia, contradecía la prohibición de toda forma de discriminación que prescriben los tratados incorporados por la reforma.

c) En el capítulo VII enumeramos las cualidades necesarias para ser senador. Recordamos que entre ellas se halla aún hoy el requisito de la “renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente”. La supresión de este requisito fue propiciada desde el primer momento, aun en el seno del Congreso Constituyente de 1853. El mismo Gorostiaga, que, al decir de Vanossi, fue uno de los redactores de la Constitución, propuso que se admitiesen excepciones en lo que se refiere a los senadores (sesión del 27 de abril), lo que en la votación resultó aprobado por diez votos contra ocho. Esta cláusula se halla derogada en la práctica por el no uso, ya que es inconciliable con el espíritu igualitario de nuestra comunidad y con el principio de no discriminación, por motivo alguno, que es norma básica de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados por el art. 75, inc. 22. Dado que en el nuevo texto constitucional se han introducido numerosas reformas formales, es arduo encontrar el motivo de esta omisión.

b) Duración.

La reforma de 1994 ha reintroducido en nuestro sistema la posibilidad de la reelección presidencial. Como es sabido, el texto de la Constitución de 1853/60 establecía: “El presidente y vicepresidente duran en sus empleos el término de seis años; y no pueden ser reelectos sino con intervalo de un período”.

Esta disposición tuvo sus antecedentes en las Constituciones de 1819 (art. LX) y de 1826 (art. 71) y figuraba también en el Proyecto de Alberdi. El sistema de acumulación de poder que había estado en vigencia en la mayor parte de las provincias, y

sobre todo en la de Buenos Aires durante la gobernación de Juan Manuel de Rosas, hizo que se advirtiera la inconveniencia de la reelección. Alberdi, en su nota al art. 79 del Proyecto, expresa: "Admitir la reelección es extender a doce años el término de la presidencia. El presidente —agrega— siempre tiene medios de hacerse reelegir y rara vez deja de hacerlo". Si bien desde 1853 a 1948 los presidentes no intentaron abiertamente su reelección, la mayoría de ellos controló activamente su sucesión. Para mencionar algunos ejemplos, el candidato favorecido por Sarmiento fue Avellaneda, y el de Avellaneda fue Roca; más adelante, Yrigoyen eligió como sucesor a Alvear, y éste apoyó la reelección de aquél. Luego del golpe militar de 1930, el presidente electo Agustín P. Justo impuso a Roberto Ortiz.

El sistema de no reelección tuvo vigencia en nuestro país hasta 1949, año en el que la Constitución estableció la posibilidad de reelección indefinida del presidente. Esta Constitución, como es sabido, fue derogada por la Convención Reformadora de 1957, que reinstauró la de 1853. En 1971, el *Dictamen de la Convención Asesora para el Estudio de la Reforma Institucional* propuso por mayoría adoptar un sistema en el cual el presidente durara cuatro años en sus funciones y pudiera ser reelecto una sola vez. Esta regla fue adoptada por el llamado Estatuto Fundamental sancionado por el gobierno de facto para reglar los principios que debían regir al gobierno constitucional que fue elegido en el año 1973. En 1983 —con la reinstauración de las instituciones de la República— volvió a agitarse el tema de la reelección y el Consejo para la Consolidación de la Democracia propuso para el Poder Ejecutivo "elección directa, reelegible una sola vez. Cuatro años de duración de su mandato" (*Dictamen preliminar...*, p. 105).

La reforma de 1994 establece:

"El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período" (art. 90).

El período de cuatro años no tuvo antecedentes en nuestro derecho patrio, dado que tanto la Constitución de 1819 como la de 1826 establecían un mandato de cinco años. El período de cuatro años tiene el prestigio de ser el que fijó la Constitución de Filadelfia. Fue, a su vez, el que recomendaron los *Dictámenes* del Consejo para la Consolidación de la Democracia que hemos citado. La reducción del plazo está vinculada estrechamente con la

posibilidad de reelección, pero debemos recordar aquellas opiniones prestigiosas como la de González Calderón, que afirmaba que “el período de seis años establecido por la Constitución argentina es inconveniente y no adecuado a la índole de las instituciones democráticas por múltiples razones; principalmente porque contribuye a vigorizar y ensorberbecer al Poder Ejecutivo frente al Congreso y a los otros poderes constituidos, porque quita al pueblo una oportunidad próxima para rectificar el error que haya cometido elevando a la presidencia a un ciudadano incapaz o indigno de ocuparla” (*Derecho Constitucional...*, t. III, p. 328).

El presidente y el vicepresidente pueden ser *reelegidos por un solo período consecutivo*, lo que rige también cuando se suceden recíprocamente. “En ambos casos no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos sino con el intervalo de un período”.

A los efectos de la reelección del presidente o del vicepresidente, la Constitución equipara los casos, sea para un mismo cargo o para el otro cargo de la fórmula. Es decir que quien ha sido reelegido como presidente no puede, sin el intervalo de un período, ser electo vicepresidente, y lo mismo ocurre en el caso inverso. Esto implica que la reforma de 1994 ha aceptado el principio de indivisibilidad de la fórmula que reglamenta en forma inequívoca el art. 148, último párrafo, de la ley 24.444: “Cada elector sufragará por una fórmula indivisible de candidatos a ambos cargos”, y se ratifica en el art. 155: “En caso de renuncia de uno de los candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta electoral, no podrá cubrirse la vacante producida. Para el caso que la renuncia sea del candidato a presidente, ocupará su lugar el candidato a vicepresidente”.

En nuestro criterio, de esta norma legal interpretativa del art. 90 puede deducirse que en nuestro sistema constitucional actual, en caso de renuncia, inhabilidad o destitución del vicepresidente, el cargo no debe necesariamente cubrirse mediante una nueva elección, con lo que concluye una polémica clásica de nuestro derecho constitucional. Esto, sin perjuicio de las atribuciones del presidente de llamar a elecciones, si lo estima conveniente.

La reforma de 1994 incluye una cláusula transitoria sobre el tema de la reelección: “*El mandato del presidente en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer período*” (cláusula 9ª). Esta cláusula interpreta expresamente que la prohibición de ser elegido por más de dos períodos consecutivos cubre también el supuesto de que el primer período corresponda al sistema constitucional anterior. Es con-

veniente recordar que en la provincia de Córdoba, ante un texto semejante al art. 90, el gobernador sostuvo —y así fue aceptado por los tribunales locales— que no debía computarse como primer período el anterior a la reforma constitucional de 1987.

c) Cese.

El art. 91 mantiene el concepto y la redacción del art. 78 de la Constitución de 1853; se limita a sustituir el lapso de duración: *“El presidente de la Nación cesa en el poder el mismo día en que expira su período de cuatro años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde”*.

Alberdi, en su nota al art. 83 del Proyecto que tenía casi idéntica redacción, da sus fundamentos: “Es el medio de evitar que las presidencias caídas antes de tiempo en los vaivenes de nuestra procelosa democracia, no esperen a completar su período al cabo de veinte años, alegando protestas y nulidades”. A su vez, González Calderón recuerda: “...es fruto de nuestra experiencia política; y los antecedentes que lo ocasionaron fueron las actitudes subversivas de aquellos gobernantes que en nuestro país y otros pueblos americanos inventaban pretextos para alargar su permanencia en el poder público” (*Curso...*, p. 765). El artículo tiene dos finalidades: por una parte, impedir la prolongación del mandato por *evento alguno*; correlativamente, el derecho de conservarlo hasta ese día, salvo la remoción constitucional por juicio político.

El presente período presidencial, que se inició el 9 de julio de 1995, constituye una excepción a esta regla, dado que la cláusula transitoria 10ª establece: *“El mandato del presidente de la Nación que asuma su cargo el 8 de julio de 1995, se extinguirá el 10 de diciembre de 1999”*.

Se justifica porque el primer mandato del presidente Menem debía concluir el 10 de diciembre de 1995. No obstante, como tuvo que anticipar su asunción a la presidencia y ello ocurrió el 9 de julio de 1989, finalizó su primer mandato por aplicación de la norma equivalente de la Constitución de 1853/60 (art. 78) el 9 de julio de 1995.

d) Juramento.

Como consecuencia de la supresión del requisito confesional, se ha reformado la fórmula de juramento del presidente y vicepresidente suprimiendo la obligación de hacerlo “por Dios

Nuestro Señor y estos Santos Evangelios” (art. 80, Constitución de 1853).

El art. 93 dispone:

“Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento, en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en Asamblea, respetando sus creencias religiosas, de «desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina»”.

La reforma ha incluido las palabras “respetando sus creencias religiosas”. El concepto tiende a hacer posible que el presidente pueda disponer de opciones para elegir la fórmula de su juramento siempre que ésta incluya los imperativos que señala el artículo.

e) Procedimiento para su elección.

Antes de la reforma de 1994, el presidente de la República era elegido indirectamente por electores. Cada una de las provincias y la Capital Federal elegían por votación directa electores, cuyo número era igual al duplo del total de diputados y senadores que enviaban al Congreso. Éstos, cuatro meses antes de que finalizase el período del presidente, se reunían para elegir al nuevo mandatario en la capital de cada una de las provincias y en la Municipalidad de Buenos Aires, y votaban por separado al presidente y al vicepresidente. Las fórmulas eran, por esencia, divisibles.

La reforma de 1994 modificó profundamente el sistema.

“El presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta... A este fin el territorio nacional conformará un distrito único” (art. 94).

“Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación” (art. 97).

“Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación” (art. 98).

El procedimiento previsto resulta entonces original, dado que se combinan elementos correspondientes a los sistemas de mayoría absoluta con los de mayoría relativa o simple pluralidad.

Podemos resumir el sistema, conforme a estos textos y al Código Electoral (ley 24.444), de la siguiente manera:

a) El presidente y el vicepresidente son elegidos directamente por el pueblo. El territorio de la Nación conforma un distrito único (art. 94). Cada elector sufragará por una fórmula indivisible de candidatos a ambos cargos (art. 148, Cód. Electoral).

b) Resultará electa la fórmula que obtenga más del cuarenta y cinco por ciento de los votos.

c) En su defecto, resultará electa la fórmula que obtenga el cuarenta por ciento por lo menos de los votos y, además, deberá existir una diferencia mayor del diez por ciento sobre la fórmula que le sigue en número de votos.

d) Se computan los votos afirmativos válidamente emitidos. Es decir que para el cómputo de los porcentajes se excluyen los votos anulados y en blanco.

e) Si no se verifican las mayorías o las diferencias a que aluden los arts. 97 y 98, se realizará una segunda vuelta electoral entre las dos fórmulas más votadas, dentro de los treinta días de celebrada la anterior.

El Código Electoral establece los mecanismos que tornan imposible que, en caso de renuncia, pueda hacerse una recomposición de fórmulas para la segunda vuelta.

En efecto, el art. 148 dispone que “cada elector sufragará por una fórmula indivisible de candidatos a ambos cargos”. El art. 155 prevé, a su vez, que en caso de renuncia de uno de los candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas no podrá cubrirse la vacante producida. Para el caso en que la renuncia sea del candidato a presidente, ocupará su lugar el candidato a vicepresidente.

“En caso de renuncia de los dos candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta, se proclamará electa a la otra” (art. 155).

Sólo en caso de muerte podrán recomponerse las fórmulas: “En caso de muerte de los dos candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta electoral y antes de producirse la segunda, se convocará a una nueva elección”.

“En caso de muerte de uno de los candidatos de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta electoral, el partido político o alianza electoral que represente, deberá cubrir la vacancia en el término de siete días corridos, a los efectos de concurrir a la segunda vuelta” (art. 154).

En la primera elección realizada con este sistema en mayo de 1995, el presidente fue elegido en la primera vuelta con un porcentaje aproximado al 49% de los votos afirmativos.

f) Tiempo de la elección. Remuneración. Incompatibilidades. Residencia.

Al suprimir la elección indirecta, el nuevo texto ha reducido la antelación con que debía realizarse la elección de presidente y vicepresidente. Establece que “la elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio”. La antelación resulta suficiente para la nueva modalidad de voto directo.

En lo que se refiere a la remuneración y a las incompatibilidades, el art. 92 (antes, 79, sin reformas) dispone:

“El presidente y vicepresidente disfrutan de un sueldo pagado por el Tesoro de la Nación, que no podrá ser alterado en el período de sus nombramientos. Durante el mismo período no podrán ejercer otro empleo, ni recibir ningún otro emolumento de la Nación, ni de provincia alguna”.

La disposición sobre residencia de la Constitución de 1853 (art. 86, inc. 21), que establecía que “no puede ausentarse del territorio de la Capital sino con permiso del Congreso”, había sido derogada en la práctica. Se da la paradoja de que desde 1958 los presidentes constitucionales residen en Olivos, provincia de Buenos Aires. El texto reformado dispone:

“Puede ausentarse del territorio de la Nación, con permiso del Congreso” y continúa con una fórmula semejante al texto anterior: “En el receso de éste, sólo podrá hacerlo sin licencia por razones justificadas de servicio público” (art. 99, inc. 18).

5. El jefe de gabinete.

Como expusimos anteriormente, en especial a partir de 1983, desde el gobierno, y luego desde la oposición, se propusieron distintas alternativas con el objeto de atenuar los poderes del presidente de la Nación. Algunas de ellas trataron de concretarse en disposiciones, por demás ambiguas, de la reforma de 1994. Éstas se han desvanecido en la práctica con la reglamentación realizada por medio del decreto autónomo 909/95 que, como lo expresan sus considerandos, “implementa la jefatura de gabinete” y establece un organigrama mediante el cual se crean seis secre-

tarías en su jurisdicción. Dicho organigrama establece con claridad que deberán coordinarse las competencias propias del jefe de gabinete con las de los demás ministros, lo que indica que sus funciones son las inherentes a un ministro coordinador.

De esto podemos concluir —punto que ha sido debatido en la doctrina— que no existe una relación jerárquica entre este funcionario y los demás ministros. Por otra parte, la propia denominación del Capítulo IV, “Del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo”, indica que éste es un ministro, valga la redundancia, como los “demás”.

a) Nomenclatura y remoción.

El art. 99, inc. 7, dispone como atribución del presidente: *“Nombra y remueve... por sí solo... al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho...”*.

Es decir que las relaciones del jefe de gabinete —al igual que las de los demás ministros— con el presidente son de subordinación. Además, el art. 100, inc. 4, subraya la situación jerárquica cuando indica que aquél “ejerce las funciones *que le delegue* el presidente de la Nación” y resuelve sobre las materias que éste *le indique*. El presidente *supervisa* al jefe de gabinete respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión (art. 99, inc. 10), y le puede pedir —como a los demás ministros— los informes que crea *convenientes* y aquél está *obligado* a darlos (art. 99, inc. 17). Este marco normativo indica una inequívoca situación de subordinación que estimamos que, en la práctica, se reflejará en una delegación de facultades cuya oportunidad y alcance son privativos del presidente.

En el capítulo siguiente nos ocuparemos, al estudiar las atribuciones del presidente de la Nación, de las que corresponden al jefe de gabinete.

En lo que se refiere a la remoción, ésta es una facultad discrecional del presidente, conforme al art. 99, inc. 7. También puede hacerlo el Congreso *por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras* (art. 101). Es decir que requiere una mayoría calificada.

El art. 53 de la Constitución indica que el jefe de gabinete puede ser removido por juicio político, así como también pueden serlo los ministros. Esta cláusula carece de sentido práctico, dado que es evidente que si es voluntad del Congreso remover al funcionario, puede hacerlo por mayoría absoluta y no requiere entonces las dos terceras partes que indican los arts. 53 y 59. El

efecto adicional se referiría exclusivamente a la inhabilitación “para ocupar empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación”. En este contexto, la constatación de que las dos terceras partes de los presentes pueden implicar, en casos de *quorum* estricto, una cantidad menor de legisladores que la mayoría absoluta, nos parece una disquisición improbable y meramente académica.

El art. 101, después de disponer la obligación del jefe de ministros de concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, indica:

“Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras”.

Este párrafo merece las siguientes consideraciones. En primer lugar, introduce en nuestro sistema constitucional la figura de la interpelación. Como veremos más adelante, los ministros no están sujetos a interpelación sino a pedidos de informes. La interpelación —como bien lo indica el artículo— es a los efectos de tratar una moción de censura. En los sistemas parlamentarios, la moción de censura implica la remoción, ambas a cargo de la Cámara representativa de la voluntad popular (Cámara de los Comunes, en Inglaterra; Asamblea, en Francia; Cortes, en España). En Italia, cada una de las Cámaras puede indistintamente acordar o revocar la confianza (art. 94).

La diferencia entre nuestro sistema y el de los regímenes parlamentarios se verifica en dos aspectos. En primer lugar, el voto de censura y la remoción —que pueden recaer exclusivamente sobre el jefe de gabinete— son dos instituciones distintas. Aquél puede ser emitido con o sin pedido de remoción. Es de la esencia de los sistemas parlamentarios que el voto de censura implica la remoción.

A su vez, una de las Cámaras puede manifestar su desacuerdo con el voto de censura o con la decisión de remoción emitida por la otra, con lo cual estas sanciones quedarían sin efecto. En los sistemas parlamentarios bicamerales, como dijimos, estos procedimientos están a cargo de una sola de las Cámaras, que es la más representativa de la voluntad popular.

6. Los ministros del Poder Ejecutivo.

Hemos dicho que, en lo que se refiere a la institución ministerial, nuestra Constitución de 1853 se apartó de los antecedentes de la

Carta de Filadelfia y siguió los antecedentes nacionales que se fundaron, a su vez, en la Constitución monárquica de Cádiz de 1812. Debemos recordar que los ministros son los equivalentes a los consejeros privados de los antiguos monarcas de Europa.

En efecto, el proyecto de Constitución presentado a la Asamblea de 1813 por la Comisión Especial designada por el Segundo Triunvirato tenía un capítulo dedicado a la institución (Cap. XX) que seguía el modelo de la de Cádiz. El antecedente ingresó en la Constitución de 1819 y se reiteró en 1826. La función ministerial tuvo también antecedentes arraigados en nuestras prácticas, tanto en el orden nacional —como asistentes de los directores, a partir de Gervasio de Posadas o del presidente Rivadavia— como en el orden provincial.

Como ya hemos visto, en nuestros sistemas el Poder Ejecutivo es unipersonal y el ministerio es —al decir de Bidart Campos— un órgano colegiado y complejo (*Derecho Constitucional del Poder*, t. II, p. 146), porque básicamente cada ministro tiene calidad de órgano, sea como jefe de su ministerio, sea con relación al Poder Ejecutivo cuando refrenda individualmente un acto presidencial. Pero además, los ministros, juntamente con el jefe de gabinete, actúan colectivamente, como veremos luego, y se convierten en un órgano colegiado. Todos ellos tienen igual jerarquía y actúan bajo determinadas directivas, coordinados por el jefe de gabinete, que es “otro” de los ministros.

7. Funciones del jefe de gabinete y de los ministros.

a) Delegaciones presidenciales.

El jefe de gabinete puede expedir “los actos y reglamentos” que sean necesarios para ejercer sus propias funciones y “aquellas que le delegue el presidente de la Nación”. Para ello requiere, como ocurre con los actos y reglamentos presidenciales, “el refrendo del ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera” (art. 100, inc. 2).

La Constitución reformada acepta la posibilidad de que el presidente delegue en el jefe de gabinete determinadas funciones. Esta delegación —siguiendo un principio general— puede ser retomada por el presidente.

A su vez, puede “en acuerdo de gabinete resolver sobre las materias que le indique el Poder Ejecutivo” (art. 100, inc. 4).

b) Nombramiento de empleados.

Hemos visto que como jefe de gobierno (art. 99, inc. 1) el presidente de la República es también jefe de la administración o, en los términos de la Constitución, “*responsable político de la administración general del país*”. El art. 100, inc. 3, habilita al jefe de gabinete —como hemos visto— a “efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente” (art. 100, inc. 3). De hecho, la ley de ministerios vigente (t.o. 1992) habilita a los ministros a “nombrar, promover y remover al personal de su jurisdicción, en la medida que lo autorice el régimen de delegación en vigencia...”.

c) Acuerdos de gabinete.

El acuerdo de gabinete estaba ya implícito en el art. 88 de la Constitución de 1853 (hoy, 102, sin reforma) ya que disponía que “cada ministro es responsable de los actos que legaliza y *solidariamente de los que acuerda con sus colegas*”. Pero a diferencia del sistema actual, las resoluciones debían ser suscriptas por el presidente y los demás ministros, dado que éstos podían ser acuerdos totales o parciales, es decir, con la presencia de todos o algunos de los ministros.

El jefe de gabinete es —conforme a la reforma de 1994— quien tiene a su cargo “coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del presidente” (art. 100, inc. 5). En el desempeño de esta función, que es ocasional, se perfila una situación de primacía frente a los demás ministros. No existe, empero, ningún obstáculo constitucional para que el presidente delegue sus facultades en el vicepresidente.

En el sistema de 1853 los acuerdos de ministros no eran en ningún caso obligatorios. Las normas emanadas del Poder Ejecutivo eran válidas en todos los casos, con el solo refrendo y legalización de los ministros (art. 87).

El art. 100, inc. 5, dispone como atribuciones del jefe de gabinete: “Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el presidente y *en acuerdo de gabinete resolver sobre las materias que le indique el Poder Ejecutivo, o por su propia decisión, en aquellas que por su importancia estime necesario, en el ámbito de su competencia*”. Es decir que existen acuerdos de gabinete cuya celebración es optativa, en los cuales se resuelve sobre materias

que indica el presidente o sobre temas que a criterio del jefe de gabinete deben ser resueltos en forma colegiada. Es conveniente distinguir entre reuniones de ministros y acuerdo de ministros, que es la convergencia de voluntades que surge de la reunión y que genera un acto jurídico, reglamento o decreto.

Pero el sistema actual también prevé la obligatoriedad del acuerdo de gabinete, con refrendo del jefe de gabinete, para que el Poder Ejecutivo pueda realizar los siguientes actos:

—dictar decretos de carácter legislativo por razones de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3);

—promulgar en forma parcial las leyes, cuidando de que su aprobación parcial no altere el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso (art. 80);

—tratar, antes de su envío al Congreso, los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto nacional, previa aprobación del Poder Ejecutivo (art. 100, inc. 6).

d) Refrendo de los ministros y del jefe de gabinete.

Hemos visto que el art. 87 de la Constitución de 1853 disponía el refrendo obligatorio de los actos del presidente. Este principio ha sido conservado por el art. 100 de la reforma de 1994, que dispone:

“El jefe de gabinete de ministros y los demás ministros secretarios... tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia”.

A su vez, el art. 100, inc. 8, impone el refrendo de este funcionario para la sanción de:

a) los decretos reglamentarios de las leyes;

b) los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones extraordinarias;

c) los decretos que dispongan la convocatoria de sesiones extraordinarias;

d) la emisión de los mensajes del presidente que promuevan la iniciativa legislativa;

e) los decretos por los cuales ejerce facultades delegadas por el Congreso.

Podemos concluir que si bien todos los actos deben ser refrendados por un ministro secretario, la firma del jefe de gabinete es necesaria sólo en los casos previstos taxativamente.

e) Relaciones de los ministros y el jefe de gabinete con el Congreso.

1) Concurrencia. Informes. Interpelaciones.

Conforme al texto de 1853, los ministros "*pueden... concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar*" (art. 92; hoy, 106, sin reformas). En virtud del art. 100, inc. 9, el jefe de gabinete tiene también esta prerrogativa, que constituye, a su vez, una obligación de acuerdo a lo establecido en el art. 101: "*debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71...*".

Esto implica, por una parte, la institucionalización de los contactos entre los ministros y el Congreso a través del jefe de gabinete y, por la otra, la posibilidad de un mejor control por parte de aquél.

Desde luego que los demás ministros también podrán concurrir con el jefe de gabinete. La frase *informar de la marcha del gobierno* es ambigua y su interpretación queda a cargo del jefe de gabinete. El Reglamento de la Cámara de Senadores dispone que todos los senadores podrán "efectuar las preguntas y solicitar las aclaraciones que crean necesarias referidas a los temas expuestos" (art. 212, incs. 2 y 3). Pero sólo "los presidentes de bloque podrán solicitar al jefe de gabinete que informe sobre temas no abordados por éste".

La Constitución ha conservado la institución prevista en el art. 71: "Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes". Es decir que, correlativamente con la prerrogativa de concurrir al Congreso, los ministros tienen la obligación de concurrir cuando son citados por las Cámaras.

Los ministros concurren a brindar explicaciones, las que también pueden ser brindadas por escrito. El Reglamento de la Cámara de Senadores se refiere a las interpelaciones a los ministros.

Hemos dicho que es necesario distinguir nuestra institución de la presentación de informes o explicaciones, de la interpelación que es propia de los parlamentarismos. En nuestro sistema, los ministros concurren a las Cámaras con el objeto de suministrar informes acerca del cumplimiento de las leyes y con el exclusivo objeto de que aquéllos sirvan de antecedente y fundamento para futuros actos legislativos. El objetivo no es, pues, ni la censura ni la remoción del ministro, propias de los parlamentarismos. La

remoción de los ministros —como hemos visto— sólo puede llevarse a cabo mediante el juicio político.

Como ya dijimos, es distinto el caso del jefe de gabinete. Por una parte, cuando cualquiera de las Cámaras solicita al Poder Ejecutivo informes verbales o escritos, este funcionario debe producirlos (art. 100, inc. 11), lo que puede requerir su presencia en las Cámaras fuera de las circunstancias previstas en el art. 101. Pero también “puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura” (art. 101) y, en este caso, los legisladores no sólo pueden pedir aclaraciones sobre su “informe acerca de la marcha del gobierno” sino que pueden solicitar que informe sobre temas no abordados en su exposición.

2) *Memorias.*

La Constitución dispone que los ministros, “*luego que el Congreso abra sus sesiones, deberán... presentarle una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos*” (art. 104; antes, 90, sin reformas). La misma obligación rige para el jefe de gabinete, quien debe presentar esta memoria “junto a los restantes ministros” (art. 100, inc. 10).

La práctica parlamentaria indica que cuando el presidente concurre con motivo de la apertura de las sesiones ordinarias (antes de la reforma de 1994, el 1 de mayo; actualmente, el 1 de marzo), cada ministerio presenta al Congreso la memoria de lo actuado por su departamento durante el período anterior y las medidas legislativas que propone para el próximo período. Los dos artículos que hemos transcrito, las propias funciones de coordinación del jefe de gabinete y el organigrama aprobado por dec. 909/95 indican que éste debe realizar la coordinación de las memorias elaboradas por los ministros y presentar el documento al Congreso.

f) **Ejecución de la ley de presupuesto.**

El art. 100, inc. 7, dispone que el jefe de gabinete hace *recaudar las rentas de la Nación* y ejecuta el *presupuesto nacional*. Según el art. 99, inc. 10, el presidente “*supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales*”. A su vez, hemos visto en el Capítulo VIII, punto 12, los procedimientos a través de los cuales el Congreso ejerce su función de “fijar anualmente... el

presupuesto... de gastos y... recursos de la administración nacional..." (art. 75, inc. 8).

Dada la dependencia jerárquica del jefe de gabinete en relación con el presidente, en la práctica estas funciones han de ser de asesoramiento. Queda a cargo del Poder Ejecutivo la implementación final en cuanto a la recaudación de las rentas y a la ejecución del presupuesto.

8. Incompatibilidades.

El art. 105 (antes, 91, sin modificaciones) dispone: "*No pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos de ministros*". La norma, es conveniente reiterarlo, está en el Capítulo IV, "Del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo". Creemos, en consecuencia, que ésta debe aplicarse también al jefe de gabinete.

La norma es típica del sistema presidencialista de división de poderes y está diseñada para preservarlo. Debe vincularse con el art. 72 (antes, 65, sin reformas), que tiene la misma finalidad: "*Ningún miembro del Congreso podrá recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo, sin previo consentimiento de la Cámara respectiva, excepto los empleos de escala*". Vimos también que el Reglamento de la Cámara de Diputados ha previsto esta situación disponiendo que "los permisos que la Cámara acordase a alguno de sus miembros para desempeñar empleos o comisiones del Poder Ejecutivo Nacional... sólo podrán durar por el año legislativo en que fueren otorgados". Es decir que al término de ese lapso los diputados deberán optar por su banca o por el cargo en el Poder Ejecutivo. Los mismos serán sin goce de haberes. Esta reglamentación ha puesto punto final —en lo que se refiere a los diputados— a la discusión doctrinaria acerca de si los legisladores podían pedir licencia para ejercer cargos de ministros secretarios del Poder Ejecutivo. El Reglamento de la Cámara de Diputados continúa: "En caso de producirse alguna de las situaciones de vacancia transitoria prevista en el presente artículo, la Cámara podrá disponer la incorporación del diputado suplente, quien cesará en sus funciones cuando se reincorpore el titular" (art. 20). A su vez, conforme al art. 100, inc. 13: "*El jefe de gabinete de ministros no podrá desempeñar simultáneamente otro ministerio*". Ésta es una característica típica y original del sistema de la reforma de 1994. Desde nuestro punto de vista, su propósito es subrayar el carácter de coordinador de este funcionario y evitar que haya acumulación de poderes. Del texto surge con claridad

que la prohibición es absoluta y que rige también para los casos de interinatos por causas temporarias.

9. Remuneraciones.

“Gozarán por sus servicios de un sueldo establecido por la ley, que no podrá ser aumentado ni disminuido en favor o perjuicio de los que se hallen en ejercicio” (art. 107; antes, 93, sin reformas). Por los motivos que dimos anteriormente, este artículo incluye también al jefe de gabinete. Es conveniente advertir que, a diferencia de los jueces, la remuneración tampoco puede ser aumentada en favor de los que estén en ejercicio. Esto tiene su fundamento en que los ministros deben aprobar el proyecto de presupuesto, y no sería ético que pudieran utilizar esta prerrogativa para aumentar sus ingresos. La prohibición de disminución subraya también una típica característica del sistema presidencialista de división de poderes y tiende a evitar que el Poder Legislativo ejerza presiones de tipo económico sobre los ministros y sobre el jefe de gabinete.

10. Acefalía.

La palabra “acefalía” es relativamente moderna; nace en las ciencias jurídicas después de que la Constitución de EE.UU. propusiera el presidencialismo. La institución es ajena a la monarquía, en la cual es conocido el aforismo “Murió el rey; viva el rey”, que implica que el sistema sucesorio es automático. Tampoco rige en los sistemas parlamentarios, en los cuales la caída del gabinete comporta el llamado a nuevas elecciones.

No figura en el texto constitucional y puede ser entendida en forma gráfica a partir de sus raíces en el idioma griego: *a* = privación; *céphalos* = cabeza. Es decir que utilizamos el término “acefalía” para referirnos a los casos en los que falta la cabeza del Poder Ejecutivo. En este sentido, podemos distinguir entre la acefalía del presidente, que puede ser transitoria o permanente, y la acefalía del Poder Ejecutivo, que se refiere a estas situaciones cuando involucran al presidente y al vicepresidente. Esta última fue calificada, en la ley 252 de 1868, como acefalía de la República, concepto criticado con acierto por Linares Quintana, quien afirma que éste “comportaría la falta de titulares en los tres poderes gubernativos: legislativo, ejecutivo y judicial; y no puede aceptarse que cuando falta el titular del Poder Ejecutivo se considere que existe acefalía de la República...” (*Tratado...*, t. IX, p. 306).

En el punto 4 de este capítulo hemos visto que ninguno de los antecedentes nacionales, incluido el Proyecto de Alberdi, preveían la figura del vicepresidente, y que nuestra Constitución tomó esta institución de la Constitución de Filadelfia, fundamentalmente para cubrir los casos de acefalía.

a) Acefalía del presidente.

El art. 88, primera parte, de la Constitución (antes, 75, sin reformas) dispone: *“En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación...”*.

La letra de este artículo indica que los casos que prevé son cinco: 1) enfermedad; 2) ausencia de la Capital; 3) muerte; 4) renuncia, y 5) destitución. El artículo fue aprobado por el Congreso Constituyente, por unanimidad y sin discusión, en la sesión del 29 de abril de 1853. Tiene como fuente el art. II, Sec. 1ª de la Constitución de EE.UU., que dice: *“En caso de remoción del presidente de su cargo, o de su muerte, dimisión o incapacidad para desempeñar las facultades y deberes de su mandato, éste deberá recaer en el vicepresidente...”*.

La enumeración del art. 88 nos lleva a distinguir entre los casos que implican una asunción transitoria por parte del vicepresidente como titular del Poder Ejecutivo y los que implican su asunción definitiva.

1) Causales transitorias.

a) *Enfermedad del presidente*. El interrogante respecto de este tema es cuál es el órgano habilitado para determinar cuándo se da el caso en que el presidente se halla inhabilitado temporalmente en razón de su enfermedad. El caso se dio en el año 1913, cuando el presidente Sáenz Peña solicitó licencia por este motivo; no obstante, la fundó en su deseo de ausentarse de la Capital. El Congreso concedió la licencia, que fue prorrogada dos veces por el Poder Legislativo.

En 1940, a raíz de su enfermedad, el presidente Roberto Ortiz delegó el mando en el vicepresidente Ramón Castillo. El Senado, luego de largos debates, dispuso formar una comisión investigadora para que se pronunciara sobre su enfermedad, la que pidió informes periciales a distintos facultativos. Finalmente, el presidente, quien falleció poco después, renunció, y asumió el vicepresidente en forma definitiva. Bielsa interpreta que la enfermedad

del presidente que lo inhabilita para cumplir con sus funciones puede implicar mal desempeño de su cargo, lo que habilita al Congreso para iniciar el juicio político (*Derecho Constitucional*, p. 632).

En 1974, el presidente Juan Domingo Perón delegó el ejercicio del Poder Ejecutivo, en razón de su enfermedad, en la señora vicepresidente, lo que fue comunicado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dispuso que “ello se conforma con el art. 75 de la Constitución Nacional” y decidió hacerlo saber a los integrantes del Poder Judicial (acordada del 1 de julio de 1974). Esto concuerda con el pensamiento de González Calderón, quien afirma que “el presidente incapacitado estaría en el deber de retirarse de su despacho para que lo ocupara el vicepresidente mientras dure la inhabilidad” (*Derecho Constitucional...*, t. III, p. 291).

b) *Ausencia de la Capital*. Hemos visto en este capítulo (apartado 4, f) que la disposición sobre residencia de la Constitución de 1853 (“no puede ausentarse del territorio de la Capital sino con permiso del Congreso”) fue sustituida en 1994 por el principio “puede ausentarse del territorio de la Nación, con permiso del Congreso”. La disposición de 1853 tuvo su fundamento histórico en que quería evitarse que el director provisorio de la Confederación, Justo José de Urquiza, probable presidente, fijara su sede en la ciudad de Paraná, capital de la provincia de su mando. De hecho, a partir de esa primera presidencia el requisito de residencia en la Capital había sido derogado por la costumbre. Este presupuesto para la aplicación de las disposiciones de la acefalía que preveía la Constitución de 1853/60, que había sido objeto de críticas por la doctrina (ver González Calderón, ob. cit., t. III, p. 294) no fue reformado en 1994. No obstante, la interpretación armónica de los arts. 82 y 99, inc. 18, determina que la ausencia de la Capital no constituye un supuesto que obligue al presidente a delegar el mando en el vicepresidente o en quien lo sustituya. Esto carece hoy de relevancia jurídica. Sí debe hacerlo cuando se ausenta del territorio de la Nación.

2) *Causales definitivas*.

a) *Muerte, renuncia, destitución*. En estos tres casos, el vicepresidente ejerce el Poder Ejecutivo, no como reemplazante accidental sino como primer magistrado definitivo. En estos supuestos, quien ejerza el Poder Ejecutivo no utilizará el título de vicepresidente en ejercicio de la Presidencia, sino el de *presidente* de la Nación. En virtud del art. 6 de la ley 20.972, el uso del

agregado “en ejercicio del Poder Ejecutivo” al título que le confiere el cargo que ocupa corresponde exclusivamente en los casos en los que el Poder Ejecutivo es desempeñado en forma transitoria.

El tratamiento de la renuncia está previsto en el art. 75, que fija como atribución del Congreso “admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente o vicepresidente de la República; y declara el caso de proceder a una nueva elección”. Éste no es un acto legislativo. El Congreso ha dispuesto en todos los antecedentes que debe hacerlo en Asamblea Legislativa. En efecto, así se realizó en el caso de la renuncia de Miguel Juárez Celman (1890), Luis Sáenz Peña (1895) y Roberto M. Ortiz (1942), que fueron sustituidos por los respectivos vicepresidentes. En ninguno de estos casos, el vicepresidente que asumió la presidencia llamó a elecciones para cubrir aquel cargo.

En puridad, en nuestra historia constitucional no se ha dado el caso de destitución del presidente que prevé la Constitución. Es decir, la que se genera como consecuencia del juicio político. En este caso, el vicepresidente debería asumir una vez que la sentencia fuera leída por el presidente de la Suprema Corte, que en estas ocasiones preside al Senado como juez del juicio político (art. 59).

Un caso especial es el que se presentó cuando las fuerzas armadas depusieron al presidente Frondizi —quien se negó a renunciar— y clausuraron el Congreso de la Nación. La Corte Suprema tomó juramento como presidente al Dr. José María Guido, presidente provisorio del Senado, el que seguía en el orden de la ley de acefalía 252, que se hallaba vigente, dado que el vicepresidente Alejandro Gómez había renunciado. Ante una acción judicial en la que se solicitó que se declarara la nulidad de la asunción del Dr. Guido y la reposición del presidente Frondizi, la Corte rechazó la demanda y sostuvo que “el juramento recibido al entonces presidente provisional del Senado, Dr. José María Guido, es estrictamente jurídico y pertinente... porque él es procedente en caso de «acefalía de la República» y de ausencia del Congreso (arts. 1 y 4 de la ley 252) debiendo entenderse que dicha acefalía se configura ante «la falta de presidente y de vicepresidente de la Nación» sin que incumba a la Corte Suprema pronunciarse acerca de las causas determinantes de esa «falta»” (“Pitto, Luis María”, “Fallos”, 252:177, 1962).

b) Acefalía del vicepresidente.

Un caso que no constituye técnicamente acefalía —dado que el Poder Ejecutivo continúa en manos de su titular—, aunque le

son aplicables algunas de sus reglas, es el de la muerte o renuncia del vicepresidente. La circunstancia se ha dado en diversos momentos de nuestra historia: muerte de Marcos Paz (presidencia de Mitre), de Pelagio Luna (presidencia de Yrigoyen), de Hortensio Quijano (presidencia de Perón, 1952), y renunciaciones de Alejandro Gómez (presidencia de Frondizi) y de Eduardo Duhalde (primera presidencia de Menem). Ha existido un extenso debate académico acerca de si, en estos casos, debe llamarse a elecciones para cubrir el cargo de vicepresidente, en el que eminentes maestros como Linares Quintana, González Calderón y Dardo Pérez Guilhou se han pronunciado por la afirmativa. En los hechos, en la única oportunidad en la que se procedió de esta manera fue con motivo del fallecimiento de Hortensio Quijano, cuando el presidente Juan Domingo Perón llamó a elecciones por medio de un decreto. Regía en aquella oportunidad la reforma de 1949 y, en consecuencia, la elección prevista fue por voto popular directo.

Hemos visto (*supra*, en este Capítulo, punto 4, e) que en el sistema de la reforma de 1994 para la elección de presidente y vicepresidente se vota por fórmulas y que ellas son indivisibles, lo que surge de la propia Constitución y de la interpretación del Código Electoral (ley 24.444, art. 148). Entendemos, por tanto, que el interrogante al que se refería la doctrina ha quedado despejado con el nuevo texto y con el sistema de votación por fórmulas indivisibles. En consecuencia, no sería procedente llamar a elección de nuevo vicepresidente en los casos de su muerte o renuncia, dado que la votación prevista —reiteramos— es por fórmulas y no por personas, como lo fue en el sistema de la Constitución de 1853/60.

c) Acefalía del Poder Ejecutivo.

La segunda parte del art. 88 dispone: “*En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo*”.

La primera ley de acefalía (n° 252) fue dictada en 1868 cuando falleció el vicepresidente Marcos Paz, que se hallaba en ejercicio del Poder Ejecutivo por ausencia del presidente Bartolomé Mitre, quien estaba comandando el ejército argentino-brasileño en la guerra del Paraguay. Desde el mismo momento de su discusión, en el Congreso se cuestionó la constitucionalidad de la ley que obligaba al presidente provisional a llamar a elecciones de presidente y vicepresidente dentro del plazo de los treinta días siguientes a su

instalación en el mando, con el argumento de que la Constitución disponía que el Congreso *en cada caso* debía determinar el funcionario que desempeñaría el Poder Ejecutivo. La ley histórica estuvo vigente hasta 1975, cuando, durante la presidencia de Isabel Perón, se dictó la ley 20.972, que aún no ha tenido aplicación y que, como veremos, no puede ser objetada en este sentido.

El orden de prelación para la asunción transitoria que establece la ley 20.972 es el mismo que el del art. 1 de la ley 252: "En caso de acefalía por falta del presidente y vicepresidente de la Nación, el Poder Ejecutivo será desempeñado transitoriamente en primer lugar por el presidente provisorio del Senado, en segundo por el presidente de la Cámara de Diputados y a falta de éstos por el presidente de la Corte Suprema de Justicia, hasta tanto el Congreso reunido en Asamblea haga la elección a que se refiere el art. 75 de la Constitución".

Este orden de prelación es el que rige también para los casos en que la vacancia en el Poder Ejecutivo no fuera permanente (art. 5).

La ley diseña los siguientes requisitos de procedimiento y de fondo:

a) *Plazo para que se constituya la Asamblea.* La elección en casos de acefalía del presidente y del vicepresidente "se efectuará por el Congreso de la Nación, en asamblea que convocará y presidirá quien ejerza la presidencia del Senado". La asamblea deberá reunirse dentro de las 48 horas siguientes al hecho de la acefalía (art. 2, primera parte).

b) *Quorum.* "La asamblea se constituirá en primera convocatoria con la presencia de dos terceras partes de los miembros de cada Cámara que la componen".

"Si no se lograra ese *quorum* se reunirá nuevamente a las 48 horas siguientes, constituyéndose en tal caso con simple mayoría de los miembros de cada Cámara" (art. 2, última parte).

c) *Votación.* "La elección se hará por mayoría absoluta de los presentes".

"Si no se obtuviere esa mayoría en la primera votación se hará por segunda vez, limitándose a las dos personas que en la primera hubieran obtenido mayor número de sufragios".

"En caso de empate se repetirá la votación y si resultara un nuevo empate decidirá el presidente de la asamblea votando por segunda vez".

"El voto será siempre nominal".

"La elección deberá quedar concluida en una sola reunión de la asamblea" (art. 3).

d) Requisitos para ser elegido. “La elección deberá recaer en un funcionario que reúna los requisitos del art. 76 de la Constitución Nacional” (art. 4, primera parte). Es decir que deben tener aquellos a los que nos hemos referido en el apartado *a* de este capítulo y que están determinados en el actual art. 89.

Es necesario que ésta recaiga sobre un funcionario que esté desempeñando “alguno de los siguientes mandatos populares electivos: senador nacional, diputado nacional o gobernador de provincia” (art. 4, última parte). Quiroga Lavié critica que la ley proponga como posible titular del Poder Ejecutivo a un gobernador de provincia, lo que —afirma— constituye una forma indirecta de romper el principio de igualdad federativa. No obstante, podemos constatar que existe una larga tradición en la República acerca de que estos funcionarios accedan a la primera magistratura luego de haber concluido el mandato en su provincia.

La aplicación de la incompatibilidad que establece el art. 96 de la Constitución implica que no pueden “ejercer empleo de provincia alguna”, lo que obliga al que sea ungido como presidente a renunciar a la gobernación.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Características del régimen presidencialista. Intentos de atenuación del sistema:

Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Institucional. Dictámenes y Antecedentes, Ministerio del Interior, mayo de 1971.

Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la democracia, Ed. Eudeba, 1986.

Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Ed. Eudeba, 1987.

Procedimiento para la elección del presidente:

Daniel A. Sabsay, *El sistema de doble vuelta o ballottage*, separata de “Lecciones y Ensayos”, n° 62, Ed. Abeledo-Perrot.

Jefe de gabinete:

Juan Carlos Cassagne, *En torno al Jefe de Gabinete*, “L.L.”, 1994-E, p.1267.

Guillermo E. Fanelli Evans, *El Jefe de Gabinete y demás Ministros del Poder Ejecutivo*, “L.L.”, 1994-E, p. 1007.

Abel Fleitas Ortiz de Rosas, *El jefe de gabinete de ministros: perfiles e interrogantes*, “L.L.”, suplemento del 28/6/95.

Humberto Nogueira Alcalá, *El régimen semipresidencial*, Ed. Andante, Santiago de Chile, 1986.

Jefe de la administración:

Jorge Sarmiento García, *La jefatura administrativa del presidente de la Nación*, en Dardo Pérez Guilhou y otros, *Atribuciones del Presidente Argentino*, Ed. Depalma, 1986, p. 250.

Ministros:

Gregorio Badeni, *La institución ministerial*, "E.D.", 91-903.

Dante Ariel Giadone, *Los ministros del Poder Ejecutivo*, "L.L.", 112-816.

Gustavo Adolfo Pelleritti, *Las atribuciones del Ejecutivo y los Ministros*, en Dardo Pérez Guilhou, ob. cit., p. 523.

Acefalía:

Juan Carlos Luqui, *El Presidente y el Vicepresidente de la Nación*, "L.L.", 93-778.

Héctor Rodolfo Orlandi, *Acefalía de la República y del Poder Ejecutivo*, "L.L.", 95-738.

Dardo Pérez Guilhou, *La Vicepresidencia: su vacancia*, "L.L.", 97-728.

CAPÍTULO XII

ATRIBUCIONES DEL PODER EJECUTIVO

1. Relaciones entre el presidente y el jefe de gabinete.

Hemos visto que la creación constitucional del jefe de gabinete partió de una concepción doctrinaria y política que sostenía que era necesaria una atenuación de los poderes del presidente. El art. 2 de la ley 24.309, bajo el acápito de “Núcleo de coincidencias básicas”, estableció en forma inequívoca como primer punto la *“atenuación del sistema presidencialista”*. De esto se podía desprender que no se intentaba sustituir el sistema básico tripartito de división de poderes, heredado del sistema de la Constitución de Filadelfia, sino simplemente atenuarlo. El propósito de la reforma parcial fue lograr este objetivo mediante una fragmentación de funciones.

El resultado de la creación de esta figura está condicionado por dos principios básicos que demuestran la historia de las instituciones. En primer lugar que la letra constitucional condiciona sólo parcialmente su funcionamiento, pues la vida es siempre más rica que los códigos y, en segundo lugar, que la intención de moderar o atenuar los poderes genera resistencias —a veces, insalvables— por parte de los destinatarios. Es necesario recordar también que así como el Poder Judicial, a través de la Corte Suprema, es el que tiene la última palabra en relación con los derechos individuales, en general son los poderes políticos los que interpretan las normas constitucionales referidas al poder. Como bien dijo la Corte Suprema en el caso que siempre se recuerda “Cullen c/ Llerena” (“Fallos”, 53:420), “es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejerce facultades que ella les confiere respectivamente”.

Las normas reglamentarias han mantenido el sistema presidencialista casi sin modificaciones, lo cual creemos que no

debe despertar críticas. En efecto, el Poder Ejecutivo ha realizado una primera reglamentación de las atribuciones del jefe de gabinete mediante un decreto autónomo que crea seis secretarías, cada una con dos subsecretarías a su cargo. En los hechos, ellas asumen las competencias que antes de la reforma de 1994 estaban en la esfera de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación. El jefe de gabinete, por tanto, participa de una condición muy semejante a la de los ministros. Desde 1958, el secretario de la Presidencia ha tenido rango de ministro y quien desempeñaba este cargo antes de la reforma fue el primer jefe de gabinete de ministros.

2. Clases de decretos que dicta el Poder Ejecutivo.

Nos parece útil, como esquema introductorio, hacer sólo una mención a tres tipos de decretos que emite el Poder Ejecutivo:

a) *De ejecución*, denominados también reglamentarios (art. 99, inc. 2; antes, 86, inc. 2, sin reformas), a fin de hacer posible la ejecución de las leyes. Su contenido —sobre el cual nos extenderemos más adelante (p. 241)— está limitado por el principio de que no pueden cambiar el espíritu de la ley “*con excepciones reglamentarias*”.

b) *Autónomos*, son los que sanciona en el ámbito de sus poderes privativos, es decir, los que la Constitución —especialmente, el art. 99— le confiere en forma directa y que el Poder Ejecutivo dicta para cumplir con sus funciones propias.

El art. 100, inc. 2, establece como atribución del jefe de gabinete de ministros: “*Expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el presidente de la Nación, con el refrendo del ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera*”. Es decir que dentro del sistema de la reforma de 1994, no sólo el presidente tiene competencia para dictar decretos autónomos, sino que ella corresponde también al jefe de gabinete. Éste puede hacerlo para “ejercer las facultades” que le son propias y también para ejercer las que le delegue el presidente. Debemos interpretar que estas facultades se refieren exclusivamente a los reglamentos autónomos, pero no a los decretos reglamentarios a los que alude el inc. 2 del art. 99. En efecto, el mismo art. 100, en su inc. 8, dispone que el jefe de gabinete debe “*refrendar los decretos reglamentarios de las leyes...*”. En consecuencia, la

función de reglamentar las leyes continúa siendo —como en la Constitución de 1853/60— privativa del presidente.

c) *De necesidad y urgencia*, que —como veremos con detenimiento al estudiar el art. 99, inc. 3— implican que el Poder Ejecutivo, en virtud “de circunstancias excepcionales que hacen imposible seguir con los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes” asuma competencias que la Constitución asigna al Poder Legislativo.

En el Capítulo IX, punto 13, hemos visto el problema de los *reglamentos delegados* que implican que el Congreso ha autorizado expresamente al Poder Ejecutivo para emitir determinadas normas de contenido legislativo dentro de las pautas que el mismo ha fijado. Analizamos también las dificultades que existen para distinguirlos de los reglamentarios, en esencia y cuando son emitidos en virtud de las disposiciones constitucionales.

Los *decretos-leyes* podrían constituir otra clase o categoría. Ellos —desde nuestro punto de vista— están fuera de la Constitución formal. No obstante, su validez ha sido admitida en forma reiterada por la Corte Suprema de Justicia, si bien en los primeros tiempos de la evolución del tema estaban sujetos a condición, tanto en lo relativo a la materia que podían abordar como al lapso de su validez. Rafael Bielsa subsumía las especies *decreto-ley* y *decreto de urgencia*, afirmando que la “pretendida distinción no tiene base jurídica; además implica confundir la clase del acto (decreto-ley) con su causa (la necesidad o la urgencia). Precisamente —añadía— lo que caracteriza al decreto-ley es la razón o la causa de necesidad o urgencia”. “Todo decreto-ley es de urgencia”, señalando que “el decreto-ley solamente puede dictarse en casos de urgencia y en forma motivada, por necesidades de la administración pública. Por eso, el decreto-ley está afuera de la esfera del derecho común privado, que siempre requiere ley formal” (*Derecho Constitucional*, p. 437).

3. El jefe de la administración.

Recordamos que el art. 99, inc. 1, dice: “*Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país*”.

El concepto de responsable político de la administración debe vincularse con el de jefe de gobierno. El jefe de gabinete “ejerce la administración general del país” (art. 100, inc. 2), pero no es jefe de gobierno. En la Constitución reformada, el concepto de

gobierno se emplea en dos sentidos distintos. Uno es el clásico adoptado por la Constitución de Estados Unidos, que concibe al gobierno como el conjunto de los tres poderes. Otro concepto más restringido —que es el corriente en los sistemas parlamentarios— entiende por gobierno al jefe de la administración y a los funcionarios con rango ministerial que tienen responsabilidad política. Cassagne advierte que “en rigor cuando la Constitución prescribe que el presidente es el jefe de gobierno, lo que está diciendo es que es el jefe de la administración y el titular de la zona de reserva constitucional que pertenece al Poder Ejecutivo” (p. 1270). Podemos señalar que la Constitución de 1826, antecedente en este aspecto de la de 1853, disponía que “el presidente es el jefe de la administración general de la República”.

En ejercicio de esta atribución del art. 99, inc. 1, el Poder Ejecutivo dicta los denominados decretos autónomos, que son una zona reservada. Esto implica que es el Poder Ejecutivo el que debe arbitrar todas las medidas a su alcance para el desenvolvimiento de la administración. El Congreso no tiene injerencia en las atribuciones privativas del Poder Ejecutivo.

a) Nombramiento de empleados.

Como jefe de la administración, el presidente “*por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución*” (art. 99, inc. 7).

A su vez, el art. 100, inc. 3, dispone que el jefe de gabinete efectúa “*los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente*”.

El decreto autónomo 909/95, que establece las funciones que corresponden a las secretarías que dependen del jefe de gabinete, dispone que la Secretaría de Administración lo asiste en el nombramiento “de los empleados de la administración nacional, excepto los que corresponden al presidente de la Nación”. Entendemos que este decreto —en virtud de lo que establecen sus considerandos— es interpretativo del art. 100 de la Constitución. Por tanto, en esta materia, la competencia residual ha quedado definida en favor del jefe de gabinete. Éste nombra todos los empleados, salvo aquellos cuya designación, conforme a la Constitución, corresponda en forma taxativa al presidente.

b) Pedidos de informes.

El inc. 17 dispone:

“Puede pedir al jefe de gabinete de ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos están obligados a darlos”.

La norma es idéntica al anterior art. 86, inc. 20, con la salvedad —desde luego— de que aquél no incluía al jefe de gabinete.

Es claro que el objetivo de la norma es que los informes que solicita el presidente no se dirijan directamente a los empleados, sino “a los jefes de los ramos y departamentos”, que son en última instancia quienes deben contestarlos. Pero el interrogante clásico es qué se entiende por “jefes de todos los ramos y departamentos”.

Según la ley de ministerios (t.o. 1992, art. 3, inc. 6), los ministros tienen por función “representar política y administrativamente a sus respectivos ministerios”. En consecuencia, sólo muy excepcionalmente, cuando se trate de reparticiones autárquicas o descentralizadas, los pedidos de informes pueden ser dirigidos a otros funcionarios que no sean los ministros o quienes tengan jerarquía equivalente.

4. El poder reglamentario.

El art. 99, inc. 2, dispone 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”*. Como bien lo expresa González Calderón (*Curso...*, p. 787), “la condición o exigencia constitucional de que el presidente cuide de «no alterar el espíritu» de las leyes se explica sin mayores esfuerzos porque si esa condición no se hubiere establecido el Ejecutivo podría llegar a tener un poder más amplio que el mismo Congreso que las sanciona, imponiendo en definitiva su propia voluntad y discreción”. Esta condición vale también para lo que se denomina delegación legislativa, que implica que el Congreso *delega* en el Ejecutivo la decisión acerca de la oportunidad temporal de la sanción de las normas, dentro de los límites materiales que —conforme a lo dispuesto en el art. 76— necesariamente debe fijar.

La atribución del art. 99, inc. 2, no emana del principio de separación de funciones, sino de la coordinación y colaboración en su ejercicio. La función reglamentaria es un modo de completar

el proceso de la toma de decisión iniciado por el Poder Legislativo (conf. Castorina de Tarquini, p. 263).

Desde principios de siglo la Corte ha establecido con claridad que "los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten a su espíritu; el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión siempre que ello no afecte su acepción sustantiva" ("Chadwick, Weir y Cía.", CS, abril 9-928, "Fallos", 151:5).

Constituye un problema arduo la delimitación de la zona de reserva legal. Es decir, aquellos ámbitos que están reservados sólo a la ley, la que, a su vez, no puede ser reglamentada por el Poder Ejecutivo.

Las generalizaciones pueden llevar, aquí también, a equívocos. Algunos autores sostienen que la regulación de derechos de jerarquía constitucional no puede ser hecha por otro instrumento que no sea la ley formal. En otro lugar (*Derechos Humanos*, p. 203) hemos hecho la distinción entre libertades personales, derechos patrimoniales y derechos sociales y políticos y, en honor a la brevedad, nos remitimos a lo allí expuesto. Parece claro que los derechos que no pueden considerarse anteriores al Estado sino que lo presuponen, como los derechos patrimoniales y los derechos sociales y políticos, requieren regulación legal, y ésta, en innumerales casos, precisa, a su vez, de los decretos reglamentarios. En lo que se refiere a las libertades personales, toda regulación tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad.

El Estado puede someter a regulación algunos derechos, como los de reunión, de asociación o de tránsito. Consideramos que, en general, el ejercicio del poder de policía sobre los dos primeros es local. El derecho de transitar puede cubrir aspectos interjurisdiccionales propios del Estado federal.

Cuando los tratados internacionales con jerarquía constitucional disponen que los derechos sólo pueden ser regulados por ley, debemos entender que es posible reglamentar esa ley "cuidando de no alterar su espíritu".

En el Capítulo IX hemos visto los distintos tipos de leyes que puede dictar el Congreso. Las leyes comunes que están previstas en el art. 75, inc. 12, y que, en función de la reforma de 1994, se pueden dictar en cuerpos unificados o separados, son reglamentadas con frecuencia por el Poder Ejecutivo; ejemplo de ello son las reglamentaciones a las leyes sobre trabajo y seguridad social. Existen leyes penales como las que reprimen la tenencia y comercio de estupefacientes, o las que establecen delitos aduane-

ros o de sanidad animal, que también son reglamentadas mediante decretos del Poder Ejecutivo o por delegación legislativa.

La Constitución atribuye al Poder Ejecutivo el poder reglamentario en los casos en los que el Congreso no lo ha ejercido. En consecuencia, el Poder Legislativo puede retomar este poder y derogar y sustituir la normativa emitida por el Poder Ejecutivo. Debemos recordar que la Constitución de Estados Unidos no prevé expresamente la capacidad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Hemos visto también que el ejercicio de este poder excede las competencias del jefe de gabinete, que se limita a la emisión de decretos autónomos.

5. Decretos de necesidad y urgencia.

a) Conceptos preliminares.

En una democracia, el uso de los poderes durante la emergencia constituye uno de los problemas básicos del sistema. Los decretos de necesidad y urgencia constituyen una especie dentro del género de la legislación de emergencia. Desde el punto de vista teórico, su ámbito debería quedar limitado a las emergencias económicas, dado que las políticas están previstas en forma expresa en la Constitución y tienen su vía de solución a través del art. 23.

En nuestro país, a partir de la crisis de 1930, se acumularon numerosos antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales sobre las leyes de emergencia económica. La Corte Suprema de Justicia, desde el caso "Martini" ("Fallos", 200:245, 1944), decidió que la perturbación económica autoriza "el ejercicio del poder de policía del Estado en forma más enérgica que la que admiten períodos de sosiego y normalidad". Es decir que la alegación de la emergencia por parte de los poderes políticos implica una directiva para el Poder Judicial, que deberá tener en cuenta que determinadas restricciones patrimoniales que serían juzgadas como irrazonables o excesivas en épocas de normalidad, deben ser convalidadas en razón de la situación excepcional.

La doctrina nacional es coincidente en afirmar que en tiempos de normalidad, y en virtud de lo establecido por los arts. 14 y 19, última parte, de la Constitución, las libertades personales sólo pueden ser restringidas por ley formal del Congreso. Éste es también el criterio de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución. En el campo patrimo-

nial, el Poder Ejecutivo, ejerciendo por vía reglamentaria autorizaciones o delegaciones, ha dictado normas referidas a precios máximos, retenciones, regulaciones del comercio exterior e interior, etc. Esto ha constituido y constituye, durante algunos períodos, más una regla que una excepción. En ocasiones, desde los primeros tiempos de nuestra organización, estas facultades se han ejercido durante la emergencia económica mediante los denominados decretos de necesidad y urgencia.

El procurador general de la Nación, en su dictamen en autos "Porcelli, Luis c/ Banco de la Nación" (CS, abril 20-989), hizo una reseña minuciosa de las normas de este tipo que se dictaron durante el siglo pasado, y en particular las emitidas entre los años 1854 y 1861, es decir, durante el lapso en que actuaron quienes habían tomado parte en la redacción de la Ley Fundamental. Mediante estos decretos se reglaron temas tales como la prórroga de la Ley de Presupuesto (dec. de diciembre 15-856) y los derechos de importación (dec. de enero 25-958). También cita los decretos del presidente Carlos Pellegrini, que suspendieron los vencimientos legales y comerciales (decs. del 5, 7 y 9 de marzo de 1891). La Corte Suprema, a partir del caso "Peralta" (CS, diciembre 27-990), ha expresado que el fundamento de estos decretos radica en el objetivo de "asegurar la supervivencia de la sociedad argentina". En puridad, tanto la necesidad como la urgencia corresponden al ámbito del *ser* sociológico y no al *deber ser* jurídico. En consecuencia, su existencia sólo puede ser determinada por los poderes políticos y queda fuera del control de los órganos judiciales, salvo que la falta de razonabilidad fuera manifiesta.

En el caso "Peralta" se establecieron dos presupuestos: *a*) que, en definitiva, el Congreso, en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política involucrados, y *b*) que haya mediado una situación de grave riesgo social frente a la cual existió la necesidad de tomar medidas súbitas del tipo de las instrumentadas (cons. 24).

b) Presupuestos y exclusiones.

Dijimos que los presupuestos de estos decretos son la necesidad y la urgencia, que son conceptos que corresponden al ámbito del *ser* propio de la sociología y no del *deber ser*, propio del derecho. Por tanto, es cuestionable la conveniencia de que sean previstos o reglamentados por la legislación. Esta falta de conveniencia se acentúa al ingresar como institución constitucional, dado que en la Constitución no se deben incluir disposiciones

que resuelvan situaciones coyunturales. La facultad del presidente, que se podía considerar implícita o inherente, ha pasado a ser explícita.

Los decretos de necesidad pueden ser admitidos en las constituciones de los países de sistema parlamentario, como de hecho ocurre. En ellos, el gobierno en sentido estricto (es decir, conforme a los distintos sistemas, el primer ministro, o el presidente del consejo o el jefe de gabinete, etc., y el gabinete) es designado y tiene responsabilidad frente al Parlamento, el que puede removerlos mediante un simple voto de censura. En razón de esta subordinación política, se debe presumir que las normas que emite el gobierno deben contar con la conformidad tácita de aquél. Reiteramos que esta prerrogativa es, en cambio, inconveniente y peligrosa en los sistemas presidencialistas, en los que no existe esta relación que podemos denominar de subordinación.

La reforma de 1994 ha incluido la institución en el art. 99, inc. 3:

“Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia...”

1) *Los presupuestos de hecho.*

Este párrafo señala tres presupuestos: las “circunstancias excepcionales”, la “necesidad” y la “urgencia”.

“Circunstancias excepcionales” constituye una locución mucho más débil que “la situación de grave riesgo social frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas”, que diseña el caso “Peralta”. Desde el ejercicio del poder, toda circunstancia es excepcional y toda medida requiere “urgencia”. La diferencia entre “excepcional” y “habitual” no es de esencia sino de grado. Por otra parte, sólo los poderes políticos pueden determinar si se dan estos extremos, que, como dijimos, son materia no justiciable, salvo casos de manifiesta falta de razonabilidad.

Creemos conveniente advertir que en el sistema presidencialista la eventual demora del Congreso en tratar los proyectos del Poder Ejecutivo se debe, en la generalidad de los casos, a visiones distintas o encontradas acerca del criterio a adoptar (Comadira, p. 840). En consecuencia, el uso alternativo del decreto no es el

procedimiento previsto por el sistema para zanjar las “urgencias” y “necesidades” del Poder Ejecutivo. Cuando el Congreso está en sesión, él es el árbitro constitucional de la necesidad y la urgencia que existe en sancionar determinadas leyes.

2) *Las exclusiones.*

El art. 99, inc. 3, ha optado por excluir determinadas materias: la penal, la tributaria, la electoral y el régimen de partidos políticos. Desde nuestro punto de vista, esto ha agravado los peligros de la institucionalización de los decretos de necesidad y urgencia. En nuestro sistema, ellos sólo pueden referirse a la regulación económica; las otras materias deberían haber quedado excluidas. Es decir que una actitud coherente con el sistema debería implicar como resguardo mínimo que se circunscribiera su ámbito a determinadas materias, de forma tal que todo lo no enumerado quedara excluido. Se ha optado por la solución inversa.

Desde luego que la materia penal está excluida; esto, en virtud de lo que dispone en forma inequívoca el art. 18 de la Constitución, sin necesidad de que el art. 99 lo estableciera. Es discutible, en cambio, el alcance que debe darse a la materia tributaria y si ésta debe comprender todas las contribuciones, aun las que no son impuestos, dado que existen zonas imperfectamente delineadas, como la referida a las contribuciones previsionales.

El art. 99 excluye del ámbito de los decretos la regulación de los partidos políticos y el régimen electoral. Desde nuestro punto de vista, es improbable que puedan darse, respecto de estas materias, los presupuestos de hecho, “circunstancias excepcionales”, “necesidad” y “urgencia”, que habilitan la asunción de la competencia legislativa por parte del Poder Ejecutivo. Es decir que la exclusión atendió más bien a prever la utilización irrazonable de estos presupuestos.

Una interpretación armónica de la Constitución y de los tratados incorporados nos lleva a señalar otros ámbitos excluidos de la competencia del Poder Ejecutivo. Ya hemos distinguido entre libertades personales y sus garantías, derechos patrimoniales y derechos sociales.

En el estado actual del derecho, las libertades personales y sus garantías no pueden ser restringidas en razón de la emergencia. Es así que la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 27) dispone que “la guerra”, “el peligro público” u otras “emergencias” no autorizan la suspensión de los derechos que enumera (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida,

derecho a la integridad personal, prohibición de la esclavitud y servidumbre, principio de legalidad y retroactividad, libertad de conciencia y religión, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derechos políticos) ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Todos estos derechos tienen que ser regulados por ley formal. Es decir que la alegación de la emergencia no autoriza al Poder Ejecutivo a ejercer funciones legislativas.

También es necesario distinguir entre las facultades legislativas del Congreso y las demás atribuciones, como el juicio político, los acuerdos para las designaciones y las funciones de control que no pueden ser materia de los decretos. Consideramos que tampoco pueden ser tema de los decretos de excepción las materias que deben ser regladas por leyes especiales que requieren una mayoría especial.

c) Procedimiento.

Desde mi punto de vista, el art. 99, inc. 3, ha dejado en manos del Poder Legislativo —en primera instancia, la Comisión Bicameral, y luego, el Congreso— el control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, salvo una manifiesta irrazonabilidad, en lo que se refiere a la existencia de razones de necesidad y urgencia. La ponderación de estas circunstancias es atribución privativa de los poderes políticos, lo mismo que la eficacia del medio arbitrado. “No lo corresponde al Poder Judicial evaluar la oportunidad, conveniencia y acierto de la medida adoptada” (caso “Peralta”, caso “Cavic”, “Fallos”, 277:147).

No obstante, mientras la Comisión Bicameral no se haya constituido, es decir, en ausencia de su dictamen, parece claro que el Poder Judicial es el órgano sobre el que recae la competencia para pronunciarse acerca de si se dan los presupuestos excepcionales que establece la Constitución, como lo hizo —antes de la Reforma— en los casos “Porcelli” y “Peralta”.

En lo que se refiere a la materia debemos distinguir entre la exclusión de los temas electorales y de partidos políticos y la regulación penal y tributaria.

El principio de legalidad en materia penal —como bien lo advierte Soler— es uno de los pilares del sistema jurídico de Occidente. La garantía está inequívocamente protegida por el art. 18. La prerrogativa exclusiva del legislativo para imponer y eximir de gravamen impositivo es también parte del fondo jurídico común de Occidente y está ratificada en el art. 17, en consecuencia el

Poder Judicial deberá declarar la nulidad de cualquier norma del Ejecutivo sobre estas materias.

El rechazo del decreto por parte del Congreso tiene los mismos efectos que la derogación de una ley. Es decir que opera para lo futuro. Lo producido durante su vigencia tiene plena validez. La sanción de un decreto que carezca, en forma manifiesta, de los requisitos constitucionales y que sea derogado por el Congreso constituye un caso de responsabilidad política en los términos del art. 53 de la Constitución.

La Corte Suprema de la Nación, por mayoría de sus miembros, con cuatro disidencias (Belluscio, Bossert, Fayt y Petracchi) ha establecido su interpretación acerca del control sobre los decretos de necesidad y urgencia en el caso "Rodríguez, Jorge, Jefe de Gabinete de Ministros s/Plantea cuestión de competencia" (CS, diciembre 17-1997).

El voto de la mayoría estableció que correspondía declarar la inexistencia de jurisdicción de los magistrados judiciales para intervenir en conflictos de la índole del suscitado, agregando que "la invasión que un poder del Estado pudiera hacer respecto de la zona de reserva de actuación de otro importa siempre, por sí misma, una cuestión institucional de suma gravedad" (cons. 6°). Es decir que consideró como no justiciable el problema de si en el caso concreto se habían verificado los presupuestos constitucionales que habilitan para que el Ejecutivo *excepcionalmente* emita disposiciones de carácter legislativo.

La mayoría desarrolló el siguiente razonamiento: "El art. 99, inc. 3, cuarto párrafo, de la Constitución Nacional dispone que cuando el Poder Ejecutivo procede a dictar decretos por razones de necesidad y urgencia «el jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente que elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras». De esto se infiere que la cláusula constitucional citada prevé un específico ámbito de contralor en sede parlamentaria para dichos decretos. Dicho control —afirmó— no se encuentra subordinado en su operatividad a la sanción de la ley especial contemplada en la última parte del precepto, ni a la creación de la Comisión Bicameral, ya que de lo contrario la mera omisión legislativa importaría privar *sine die* al titular del Poder Ejecutivo de una facultad conferida por el constituyente".

Este párrafo merece las siguientes consideraciones. Parte muy calificada de la doctrina como Germán Bidart Campos

(*Tratado Elemental...*, t. VI, págs. 443 y 444) y Humberto Quiroga Lavié (pág. 1297), sostiene que mientras el Congreso no haya dictado la ley que regule el funcionamiento de la Comisión Bicameral que debe controlar los decretos, no están dados los presupuestos constitucionales para que el Ejecutivo pueda ejercer la competencia legislativa de necesidad y urgencia.

Entiendo, como hemos visto, que la reforma ha dejado en manos del Poder Legislativo —en primer lugar de la Comisión Bicameral— el control de estos decretos. Si ésta no se pronuncia, una vez constituida, en el plazo que la constitución fija, el decreto debe considerarse rechazado.

Durante el lapso, aún incierto, que medie hasta la creación y regulación de la Comisión, el presidente por excepción puede emitir disposiciones de carácter legislativo. Si, como se afirmó en el caso “Peralta”, el objeto de estas disposiciones es “asegurar la supervivencia de la sociedad argentina” y esta facultad se ejerce porque ha mediado “una situación de grave riesgo social frente a la cual existe la necesidad de instrumentar medidas súbitas”, la atribución del Poder Ejecutivo no puede ser negada. La “necesidad de actuar en forma súbita” fue señalada en los fundamentos del decreto 1096/85 (Plan Austral) donde se determinó que el Poder Ejecutivo tomaba “la decisión de poner en vigencia las disposiciones precedentes como autodefensa de la comunidad para evitar consecuencias irreparables derivadas de la publicidad y la postergación de las medidas que por su gravedad y urgencia exigen la adopción de recursos extremos para restablecer la normalidad social que es presupuesto inherente para la concreta vigencia de las normas constitucionales y los derechos humanos”. En el ya citado caso “Porcelli”, la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de estos decretos.

Entiendo que la decisión de la mayoría del Supremo Tribunal en el caso “Rodríguez” es desacertada. Mientras no esté constituido el organismo específico, que prevé la Reforma, para que ejerza control sobre los presupuestos constitucionales es decir, *la necesidad y la urgencia*, este control debe continuar en manos del Poder Judicial como era con anterioridad a la Reforma. Caso contrario, no existiría ningún órgano que pudiera controlar las facultades del Ejecutivo para dictar disposiciones de carácter legislativo y ésta radicaría en el presidente. El Congreso sólo tendría el poder de impedir mediante la derogación, y ésta, a su vez, podrá ser vetada. Se subvierte de tal forma el sistema de división de poderes.

6. Nombramientos con acuerdo del Senado.

Nuestro sistema, siguiendo el precedente de Estados Unidos, adoptó el sistema del “acuerdo” previo del Senado para el nombramiento de los jueces del Poder Judicial de la Nación y de los funcionarios que integran los cuadros superiores de la representación exterior de la República y de la defensa. El presidente queda habilitado para realizar el nombramiento, sólo después de que el Senado preste su acuerdo o conformidad. La propuesta parte del presidente, pero éste no puede llevar a cabo la designación hasta que no cuente con la habilitación por parte del Senado. El acuerdo no es una mera formalidad sino que constituye un requisito previo.

a) Miembros del Poder Judicial.

El nombramiento de los jueces es uno de los actos fundamentales que realiza el presidente de la Nación, una de las causas del acrecentamiento de su poder político. Y es importante porque el presidente influye de esta manera en la composición del poder que en nuestro sistema tiene a su cargo la función eminentemente política de decidir acerca de la constitucionalidad de las normas. La reforma de 1994 ha traído modificaciones de importancia en el sistema de nombramiento y remoción de los jueces, sobre lo que volveremos en el capítulo XIII.

El presidente *“nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto”* (art. 99, inc. 4, párrafo 1°).

Es decir que para que se perfeccione el nombramiento de un juez de la Corte Suprema debe seguirse el siguiente procedimiento: El presidente hace la propuesta al Senado; es decir, eleva la documentación con los antecedentes del propuesto, que en la práctica parlamentaria se denomina “pliego”. Éste debe ser tratado en sesión pública.

Con el objeto de que los antecedentes tengan divulgación, el Reglamento del Senado dispone que *“se darán a conocer por intermedio de la sala de periodistas de la Cámara, a fin de facilitar el ejercicio del derecho de los ciudadanos de observar las calidades y los méritos de las personas propuestas. Los ciudadanos podrán ejercer este derecho dentro de los siete días hábiles siguientes a partir de que el acuerdo tenga estado parlamentario...”* (art. 22). Luego, la Cámara los considera en sesión pública; para su aprobación se requiere el voto afirmativo de los dos tercios de los miembros presentes.

Los jueces de instancia son designados por el presidente mediante un procedimiento similar. Este propone el acuerdo a partir de una terna elevada por el Consejo de la Magistratura y lo somete a consideración del Senado con los antecedentes elaborados por dicho Consejo. El Senado—en este caso, con simple mayoría—presta o deniega el acuerdo, también en sesión pública. Sólo una vez que el Senado ha prestado el acuerdo, el presidente queda habilitado para efectuar el nombramiento. Lo que venimos diciendo vale asimismo para los ascensos en la justicia.

b) Oficiales superiores de las fuerzas armadas.

El principio general es que el presidente “provee los empleos militares de la Nación” (art. 99, inc. 13). Desde luego, esta función ha sido delegada por la Ley de Ministerios en el ministro de Defensa. Pero el presidente conserva “la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas” (*idem*), lo que realiza con acuerdo del Senado. Es decir que las líneas generales del procedimiento son semejantes a la designación y promoción de los miembros del Poder Judicial. En el caso, el jefe de estado mayor de cada una de las armas eleva los antecedentes al presidente, y éste los envía al Senado requiriendo el acuerdo. La concesión del acuerdo habilita al presidente para realizar el nombramiento o el ascenso. La Constitución no requiere que la sesión sea pública, pero éste es el procedimiento que establece el Reglamento de la Cámara de Senadores (art. 23).

c) Funcionarios diplomáticos.

El presidente “ nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado” (art. 99, inc. 7). El procedimiento es semejante al descrito en el párrafo anterior. En este caso se eleva el pliego con o sin los antecedentes que confecciona el Ministerio de Relaciones Exteriores, dado que existe la posibilidad de que se realicen nombramientos políticos, es decir, fuera de los cuadros permanentes.

Existe una distinción en cuanto a la remoción, ya que los militares pueden ser destituidos, y hasta perder el estado militar, por consejos de guerra o tribunales de honor. La Constitución no establece una fórmula precisa para su remoción. Para los diplomáticos, en cambio, la Constitución prevé la necesidad de acuerdo del Senado: “Nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado”.

La Constitución enumera en forma taxativa qué funcionarios requieren acuerdo del Senado. Para las demás designaciones rigen los arts. 99, inc. 7, y 100, inc. 3, a los que ya nos hemos referido. No obstante, una costumbre parlamentaria impuso el requisito de acuerdo senatorial para diversos funcionarios, excediendo la enumeración constitucional. La ley 20.677 suprimió el requisito de acuerdo del Senado para la designación de todos los funcionarios cuyo nombramiento no estuviera reglado de tal manera por la Constitución.

7. Nombramientos en comisión.

El art. 99, inc. 19 (antes, 86, inc. 22, sólo con cambios de forma), establece que el presidente “puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura”.

El sistema de nombramientos en comisión, que se justificaba cuando era difícil convocar al Senado en razón de las dificultades de comunicación, ha acrecentado también los poderes presidenciales. La reforma de 1994 ha confirmado el sistema de la Constitución de 1853, cuya interpretación ofrece algunas dudas.

El primer interrogante es qué debe entenderse por “durante el receso”. En derecho parlamentario se ha negado la atribución del Poder Ejecutivo de hacer nombramientos en comisión mientras el Senado esté reunido, aunque fuera en sesiones extraordinarias. También se ha sostenido que la Cámara de Senadores puede prorrogar sus sesiones con el objeto de ejercer funciones no legislativas, como pronunciarse sobre acuerdos pendientes.

La designación de los funcionarios que requieren acuerdo es un acto complejo; en consecuencia, no parece aceptable que el Poder Ejecutivo sea el único árbitro de la necesidad y urgencia de llenar las vacantes durante el receso, máxime cuando hoy no existen dificultades materiales para reunir al Senado. No obstante, este tema, eminentemente político, tiene su vía de solución mediante la decisión de revocar expresamente la designación. Dado que el nombramiento es un acto complejo, el Poder Legislativo puede, en resguardo de sus funciones, adoptar esta decisión aun sin recibir el pedido de acuerdo. De modo inverso, el Poder Ejecutivo puede revocar por sí mismo la designación hecha en comisión. Por definición, éstas no tienen un plazo mínimo determinado. “La pretensión de un magistrado —ha dicho la

Corte— de que su nombramiento de juez nacional en comisión no ha podido ser revocado antes de la terminación del período de sesiones legislativas, carece de toda sustentación en los antecedentes del art. 86, inc. 22, de la Constitución y es contraria a la doctrina de su fuente el art. II, sección 2ª, cláusula 3ª, de la Constitución norteamericana. Dicho precepto no ha tenido por finalidad asegurar al funcionario nombrado una inamovilidad irrevocable durante todo el período legislativo sino prevenir posibles abusos del Poder Ejecutivo en detrimento de las facultades del Senado” (“Belisario Montero”, “Fallos”, 241:151, 1958).

Tampoco existe acuerdo sobre qué debe entenderse por “expirarán al fin de la próxima Legislatura”. El presidente debe enviar el pliego durante las sesiones ordinarias posteriores al receso, pero en caso de que hubiera sesiones de prórroga, los funcionarios cesan recién cuando éstas hubiesen finalizado, dado que este tipo de sesiones equivale, a todos los efectos, a la continuación de las ordinarias. No ocurre lo mismo si, finalizadas las sesiones ordinarias, el Congreso es convocado a sesiones extraordinarias, en las cuales la fijación de los temas a tratar está a cargo del Poder Ejecutivo.

8. Indulto y conmutación de penas.

a) Principios generales.

El art. 99, inc. 5, de la Constitución (antes, art. 86, inc. 6, sin reformas) establece:

“Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”.

Al tratar el tema de la amnistía como atribución del Congreso, adelantamos que mientras ésta es de carácter general y desincrimina uno o más delitos específicos o un determinado tipo de delitos que hubieran sido cometidos durante un lapso determinado, el indulto es un acto particular y tiene por objeto eximir de la pena. La conmutación implica sustituirla por otra menor.

Joaquín V. González recuerda que esta facultad se encontraba en las antiguas Partidas españolas y también existía como prerrogativa real (p. 541). De las prácticas constitucionales de la monarquía pasó a la Constitución de EE.UU. (art. II, Sec. 2ª, párrafo 1º) y de allí, a través de los documentos constitucionales patrios, a la Constitución de 1853/60. Es conveniente recordar que en nuestros antecedentes (Reglamento de 1817 y Constituciones

de 1819 y 1826), la facultad del Poder Ejecutivo para indultar y conmutar penas se refería exclusivamente a las “sentencias capitales”. En las dos últimas se estableció el requisito de “previo informe del tribunal o juez de la causa”.

“Fúndase esta facultad de perdonar las penas —recuerda Joaquín V. González— en la posible imperfección de la justicia y en que después de dictado su fallo pueden descubrirse circunstancias que antes de él fueron desconocidas y cambiar la gravedad del crimen o disminuirlo... Dentro del gobierno —agrega— ella pertenece al Poder Ejecutivo por derecho tradicional, porque no podría ejercerlo el Judicial, el mismo que aplica la pena, sin desprestigiar o disminuir su autoridad, ni el Legislativo, porque no juzga en caso alguno, y menos casos individuales y porque no hallándose siempre reunido no podría practicarlo con la debida oportunidad y eficacia” (p. 542).

La Corte ha sostenido un concepto amplio de la institución: “...en el sistema constitucional argentino no puede considerarse como la sacralización de una reliquia histórica propia de las monarquías, sin otro fundamento que la clemencia, *sino un instrumento de la ley*, en correspondencia con la norma de fines de la organización jurídico-política y en particular con la justicia, la paz interior y el bienestar general. En otros términos no consiste en un acto de gracia privada sino en una potestad de carácter público instituida por la Constitución Nacional, que expresa una determinación de la autoridad final en beneficio de la comunidad” (“Daleo, Graciela”, CS, abril 6-993, “L.L.”, 1994-A-174). Esta definición de la Corte, que califica a la institución como “instrumento de la ley” con fines de “paz interior y bienestar general”, por su amplitud, desdibuja la necesaria distinción entre la amnistía, de carácter general, y el indulto, que es de carácter particular y beneficia a un individuo concreto en un caso concreto.

b) Efectos.

El indulto es un perdón dado en favor de una persona, pero de ello no se desprende que esto la exima de su responsabilidad respecto de la parte ofendida o agraviada, ni priva a ésta de sus derechos y acciones particulares o propias. El indultado siempre quedará sujeto a su responsabilidad civil.

La conmutación —dice Joaquín V. González— se concede bajo los mismos principios, debiendo en todo caso determinar la pena con criterio justo y equitativo (p. 544).

c) La materia.

En nuestro sistema, las provincias “se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas” (art. 122). Como ya dijimos, la reforma de 1860 fue especialmente cuidadosa en deslindar el marco de la jurisdicción local de la federal. La atribución del presidente se refiere a “*delitos sujetos a la jurisdicción federal*”, es decir, sujetos al conocimiento de la justicia federal. Esta jurisdicción incluye también la de los jueces ordinarios con sede en la ciudad de Buenos Aires que forman parte del Poder Judicial de la Nación. En forma correlativa, las constituciones provinciales habilitan a los gobernadores para indultar y conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción de los tribunales de la provincia.

La Constitución dispone como excepción a la atribución de otorgar el indulto “*los casos de acusación por la Cámara de Diputados*”. La excepción debe interpretarse en el sentido de que abarca aquellas causas que hayan tenido como antecedente la promoción de un juicio político o que hayan servido de base para aquél. Este requisito no figuraba ni en los antecedentes patrios que hemos citado ni en el Proyecto de Alberdi. Tiene su fuente textual en la Constitución de los Estados Unidos, en la cual se incluyó por el recuerdo histórico de que el Parlamento negó al rey Carlos II el derecho a perdonar a su ministro lord Dandy antes que el juicio político hubiese concluido. El presidente, que puede ser sujeto del juicio político, no puede por tanto indultar a sus ministros, ni a los miembros de la Corte Suprema de Justicia cuando ellos han estado sometidos a juicio político. La exclusión debe interpretarse en sentido restrictivo; por tanto, no incluye a los miembros del Poder Judicial que hayan estado sometidos a Jurado de Enjuiciamiento.

d) Quiénes pueden beneficiarse.

La norma que estamos estudiando expresa que “*puede indultar o conmutar las penas... previo informe del tribunal correspondiente...*”.

Respecto de la interpretación de estos requisitos, la Corte Suprema se ha manifestado siempre con disidencias entre sus miembros.

Uno de los hitos es el caso “Ibáñez” (“Fallos”, 136:244, 1922). Ante un indulto dispuesto por el presidente Yrigoyen, tres de los cinco jueces de la Corte sostuvieron los siguientes principios:

a) “Que según la disposición constitucional el presidente de la Nación «puede indultar o conmutar las penas por los delitos sujetos a jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados», y con ello se ha querido prevenir, según tantas veces se ha observado, los inconvenientes que pueden derivar de la aplicación estricta de las leyes penales”.

b) Que el requisito previo del informe del tribunal correspondiente ha constituido un medio eficiente para que el Poder Ejecutivo conociera el carácter y las circunstancias generales del delito, y se encontrara habilitado para ejercitar la facultad constitucional.

c) Que la cláusula que estatuye el informe del tribunal previo al indulto supone necesaria y correlativamente la existencia de una causa y la de un juez o tribunal que conoce de ella y que está habilitado para informar al respecto, lo que importa que el Poder Ejecutivo *no puede indultar un delito no sometido a juicio, es decir, con anterioridad a la formación del proceso.*

d) Que establecido que para la procedencia del ejercicio de la facultad de indultar, la Constitución requiere que exista causa abierta contra el delincuente, *ella no exige que dicha causa haya alcanzado el estado de sentencia ejecutoriada*, pues esto no es indispensable para que sea posible determinar las circunstancias del hecho delictuoso y del procesado.

Declaró, en consecuencia, la constitucionalidad del indulto del procesado sin condena.

El voto de los dos jueces de la minoría, en cambio, sostuvo que “la conmutación y el indulto no se pueden decretar sino *después de la condena del acusado por sentencia ejecutoriada*”. Aclarando que “esta regla ha sido violada en algunos casos, pero no por eso es menos imperativa... El acusado —agrega— se pone a la orden del juez y no sale de esa jurisdicción hasta que termina el proceso. Sólo cuando media condena, se entrega el reo a la autoridad administrativa, la cual lo tiene a sus órdenes para hacer cumplir la sentencia”. Concluía entonces que “*la facultad de indultar no puede ejercitarse sin existir sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada*”.

En el caso “Mercedes Aquino” (CS, octubre 14-992), que versó sobre la constitucionalidad del dec. 1089/89 que indultó a numerosos procesados vinculados con actos de terrorismo de Estado, en algunos casos sin cumplir con el requisito del informe correspondiente, los miembros del tribunal adoptaron las siguientes posiciones:

—La mayoría sostuvo que el titular del Poder Ejecutivo está facultado para indultar a personas sometidas a proceso, aun sin que medie previamente el informe.

—El juez Fayt sostuvo que “el indulto a procesados tiene sus límites y restricciones en la propia Constitución, que condiciona su ejercicio al previo informe de los tribunales competentes y sujeta la validez constitucional de su ejercicio, en última instancia, a la decisión de la Corte.

—Los jueces Levene y Belluscio sostuvieron que el presidente de la Nación sólo puede indultar a condenados. Es decir que la mayoría interpretó la atribución presidencial de un modo más amplio que lo que lo había hecho la Corte en el caso Ibáñez.

Resumiendo, se expusieron tres posiciones frente al tema:

- a) el indulto procede en todos los casos en los que hay proceso;
- b) el indulto procede cuando hay proceso e informe del tribunal correspondiente, y
- c) el indulto procede sólo cuando hay condena pasada con autoridad de cosa juzgada.

Otro de los interrogantes que se presenta es el de la posibilidad de renunciar al indulto. Desde el punto de vista del indultado, admitir que la atribución se aplique durante el proceso y antes de que recaiga sentencia firme implica una lesión a la garantía de la defensa en juicio, porque en tal caso le está vedado corroborar la presunción de inocencia que ha sido puesta en duda con el auto de procesamiento.

En el ya citado caso “Daleo”, la Corte —por mayoría— fundó su posición contraria a la renuncia en el siguiente argumento básico: “no cabe otorgar al indultado la facultad de negarse a aceptar la decisión presidencial, convirtiendo de tal modo en inoperante un instrumento que halla su razón de existir en el objetivo de la pacificación de la República y no —como se ha expresado— en el beneficio particular del condenado”.

Creemos que la solución es disvaliosa. En el tema del indulto es preciso establecer un equilibrio entre los distintos intereses. A los fines de la pacificación, la Constitución ha previsto la atribución del Congreso de sancionar amnistías generales (art. 75, inc. 20). El indulto tiene características de acto particular destinado a evitar rigideces del sistema represivo. En ese sentido, es claro que no puede aplicarse a quienes han cometido crímenes atroces. Ellos están expresamente excluidos de la posibilidad de indulto por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la que, en su art. 4 establece que se castigarán “estos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su

gravedad". Tampoco puede ser indultado el delito de genocidio dado lo que expresamente establece el art. IV de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que dispone: "Las personas que hayan cometido genocidio... serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares".

En este marco, la solución que más se ajusta a nuestro sistema constitucional es la que propició el juez Fayt; el indulto a procesados tiene sus límites y restricciones en el propio texto constitucional, que condiciona su ejercicio al informe de los tribunales competentes. Para equilibrar estos requisitos con la garantía de la defensa en juicio y la presunción de inocencia es imprescindible reconocer el derecho individual de renunciar al indulto.

9. Poderes militares del presidente.

Hemos visto que el presidente "es el jefe supremo de la Nación" (art. 99, inc. 1). Como tal, "es comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación" (art. 99, inc. 12). La reforma de 1994 ha modificado levemente el art. 86, inc. 15, de la Constitución de 1853/60, que establecía que es "comandante en jefe de todas las fuerzas de mar y tierra de la Nación". Simplemente ha adecuado el texto a los tiempos. En forma correlativa, el art. 99, inc. 15, le atribuye competencia de declarar *la guerra* y ordenar *represalias con autorización y aprobación del Congreso*. La reforma de 1994 modificó el texto anterior que lo habilitaba para conceder "patentes de corso y represalias", instituciones que hoy están prohibidas por el derecho internacional.

El inc. 14 establece: "*Dispone de las fuerzas armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación*" (art. 99, inc. 14).

Este inciso incluye tres tipos de atribuciones, que deben vincularse con lo establecido por el art. 75, inc. 27, que delega en el Congreso "*fixar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno*".

En primer lugar, la de disponer de las fuerzas, que ejerce como comandante en jefe y que implica que en caso de guerra es el responsable de su dirección. La disposición de las fuerzas implica el poder de mando sobre ellas conforme a las normas de organización y gobierno que haya dispuesto el Poder Legislativo. El presidente es quien ejecuta esas normas de organización.

También tiene como facultad “distribuir” las fuerzas “de acuerdo con las necesidades de la Nación”. Es decir, decidir sobre la localización de las fuerzas en función de las necesidades de la seguridad de las fronteras. Esto ocurre tanto en tiempos de paz como de guerra. Es una facultad privativa del presidente, quien evalúa estas necesidades y responde por el mantenimiento de la seguridad exterior. Debemos recordar que la *salida de las fuerzas nacionales fuera del territorio de la Nación* es —conforme a lo establecido por el art. 75, inc. 28— competencia del Congreso de la Nación (ver Cap. IX, punto 9).

Es preciso subrayar aquí que el compromiso de las fuerzas armadas se refiere a la seguridad externa de la Nación, específicamente a la seguridad de las fronteras. El resguardo de la seguridad interior es, en principio, ajeno al ámbito de las fuerzas armadas y está a cargo de otros organismos federales cuya dirección y coordinación están también a cargo del presidente, como “jefe supremo de la Nación”: Policía, Gendarmería y Prefectura Naval. La distinción es sustancial y su olvido ha acarreado gravísimos daños a nuestra comunidad. En materia de seguridad interior rige plenamente la legislación interna; en cambio, en el caso de la defensa nacional rigen los principios del derecho internacional. No obstante, la ley 24.059 autoriza al presidente de la Nación, en casos excepcionales, a emplear las fuerzas armadas, que —reiteramos— como principio de derecho deberían permanecer ajenas, para el restablecimiento de la seguridad interior (arts. 30 y 31).

Es exacto que el art. 21 de la Constitución dispone que “todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional”. Pero debe entenderse que esta obligación se refiere a los casos “de ataque exterior” que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución, que habilitan la declaración del estado de sitio con acuerdo del Senado y por tiempo determinado (art. 99, inc. 16).

La tercera atribución del presidente es la “organización” de las fuerzas armadas, que ejerce conforme a las normas que dicte el Congreso. Con este objeto, “provee los empleos militares de la Nación”. En lo que atañe a los cargos inferiores del escalafón, actúa el ministro de Defensa por delegación del presidente. Para los “grados de oficiales superiores”, requiere —como hemos visto— acuerdo del Senado. Puede hacerlo por sí solo “en el campo de batalla”. Creemos conveniente recordar aquí que la Constitución

de 1826 contenía una lúcida disposición respecto de los poderes militares del presidente: “Es el jefe supremo de las fuerzas de mar y tierra, exclusivamente encargado de su dirección en paz o en guerra; *pero no puede mandar en persona el Ejército sin especial permiso del Congreso, con el sufragio de las dos terceras partes de cada Cámara*”.

a) Las facultades de organización y los tribunales militares.

Hemos visto que en nuestro sistema el Poder Legislativo dicta las leyes para *la organización y gobierno de las fuerzas armadas* (art. 75, inc. 27) y que el Poder Ejecutivo “*corre con su organización*” (art. 99, inc. 14). A partir de estas atribuciones constitucionales, el Congreso dictó en 1898 las primeras leyes que aprobaron el Código de Justicia Militar, reglamentaron la organización y competencia de los tribunales castrenses, el procedimiento que debe observarse en ellos y tipificó los delitos y las faltas disciplinarias (leyes 3679 y 3737). La ley 23.409 (1984) introdujo numerosas modificaciones a la legislación anterior y entre ellas una sustancial que es la incorporación de las Cámaras Federales de Apelación en lo Criminal como tribunal de alzada.

Los tribunales militares son organismos dependientes del Poder Ejecutivo. Los miembros de los Consejos Permanentes son nombrados por el presidente de la Nación (arts. 14, 23 y 45, Código de Justicia Militar). Asimismo, la ejecución de las sentencias firmes debe ser ordenada por el presidente de la Nación (arts. 468 y 469).

Aun antes de la sanción de las leyes de 1898, su constitucionalidad fue impugnada en el clásico caso “Mariano Espina”, cuya defensa en sede de los tribunales ordinarios fue asumida por Aristóbulo del Valle. La tacha se basaba, entre otros argumentos, en la prohibición constitucional de las comisiones especiales y en el principio de juez natural. En abril de 1905, la Corte Suprema de Justicia (“Fallos”, 101:354) aceptó la constitucionalidad de dichos tribunales con fundamento en que “el Congreso en ejercicio de sus facultades y tomando en cuenta la diversidad de circunstancias ha creado en el orden militar tribunales permanentes y especiales”. El tribunal afirmó que “en esas condiciones no existen los motivos que la Constitución tuvo en vista para prohibir las comisiones especiales”. Añadió la Corte que la Constitución había recomendado el juicio por jurados “no obstante que tribunales de esta clase se organizan con posterioridad al hecho llamado a juzgar”.

A partir de 1907 ("Fallos", 108:27), la Corte Suprema decidió en forma invariable que la jurisdicción militar es de excepción. Procede únicamente —afirmó— con fundamento en el art. 67, inc. 23, de la Constitución Nacional (hoy, 75, inc. 27) en cuanto es requerida para hacer efectivos los reglamentos y ordenanzas que el Congreso dicte en ejercicio de dicha atribución. En consecuencia, realizó —hasta la reforma constitucional de 1949— una interpretación reiteradamente restrictiva de las situaciones que podían quedar sometidas a ese fuero y decidió que no era competente en relación a personal del ejército que realizaba custodia de presos en lugares comunes ("Fallos", 115:77), que intervenía para reprimir desórdenes en la vía pública ("Fallos", 113:405; 132:20; 141:71) o participaba en la custodia de los comicios ("Fallos", 206:208, 1946). La Corte también hizo una interpretación restrictiva de la jurisdicción castrense en relación con los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional con fundamento en el principio de que su juzgamiento corresponde a la justicia federal ("Fallos", 202:404, entre muchos otros).

Atento a la interpretación limitada que hizo la Corte desde sus primeros fallos y para superar ese obstáculo, la reforma constitucional sancionada en 1949 dispuso en el art. 29: "Los militares y las personas que les están asimiladas estarán sometidos a la jurisdicción militar en los casos que establezca la ley. El mismo fuero será aplicable a las personas que incurran en delitos penados por el Código de Justicia Militar y sometidos por la propia ley a los tribunales castrenses". De este modo, el fundamento constitucional de la jurisdicción militar desbordó los límites estrictos de la facultad de dictar los reglamentos para el gobierno de los ejércitos y se posibilitó su extensión a personas sin estado militar. Aun después de derogada esa reforma y estando vigente la Constitución de 1853/60, se dictaron normas, como el denominado "Plan Conintes" de 1960, que tenían su sustento en leyes dictadas con fundamento en la reforma de 1949. A partir de 1976, la dictadura militar dictó una serie de normas que dieron una excepcional amplitud al ámbito de los tribunales militares.

Respecto de este tema, es necesario distinguir diversos aspectos.

En primer lugar, es conveniente advertir que existe una jurisdicción disciplinaria militar o competencia ejecutiva, como la denomina el Título VIII del Código de Justicia Militar. Ésta es ejercida por el presidente y sus subordinados, a quienes corresponde el castigo de las faltas disciplinarias, es decir, la violación de los deberes militares que los reglamentos o la ley reprimen con

destitución, suspensión del empleo, arresto, suspensión de mando, apercibimiento, exclusión del servicio, recargo de servicio, etc. (arts. 120, 509 y 549). El ejercicio de esta función disciplinaria, existiendo una vía de apelación plena ante la justicia, no ofrece obstáculos constitucionales.

Por su parte, la Corte Suprema ha reconocido la constitucionalidad de estos tribunales respecto de los militares en actividad, reiterando el conocido principio de que el art. 16 de la Constitución sólo ha abolido los fueros personales, dejando subsistentes los reales o de causa, o sea los que se basan en la naturaleza de los actos que sirven de fundamento a los respectivos juicios ("Fallos", 202:404; 236:588; 241:342, entre muchos otros). En este sentido no existe impedimento constitucional para que los tribunales castrenses juzguen delitos o faltas esencialmente militares que exclusivamente prevén y sancionan las leyes militares (art. 108).

Distinto es el caso del sometimiento de los civiles a la jurisdicción militar, que fue considerado constitucional a partir del caso "Rodríguez, Juan Carlos y otros" ("Fallos", 254:116) y que hoy está excluido expresamente por el Código de Justicia Militar en tiempos de paz. Creemos que siempre es pertinente, al tratar este tema, recordar la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos expuesta en el clásico caso "Milligan" (71 US 2 - 1866), que se refiere a un *habeas corpus* interpuesto por un civil condenado por un tribunal militar durante la Guerra de Secesión. El tribunal afirmó: "La ley marcial no puede existir allí donde los tribunales se hallen abiertos. No procede en presencia de «amenazas de invasión», la necesidad debe ser presente y actual, la invasión real... Una de las más claras prescripciones constitucionales fue infringida al juzgar a un civil por medio de un tribunal no designado por el Congreso y que no está compuesto por jueces designados por el tiempo que dure su buen comportamiento. Sólo los jueces civiles con mandatos de por vida son libres de juzgar objetivamente, libres de las presiones populares, libres de los dictados de un comandante en jefe... El Congreso no puede legalizar los juicios militares excepto cuando la devastación de la guerra haya cerrado los tribunales". Y concluye con un aforismo que nuestro supremo tribunal ha citado reiteradamente a partir de los autos "Compañía Azucarera Tucumana c/ Provincia de Santa Fe" ("Fallos", 150:150): "La Constitución de los Estados Unidos es ley para los gobernantes y para el pueblo, igualmente en guerra o en paz y bajo toda circunstancia".

10. Los tribunales administrativos.

Constituye una típica modalidad del derecho público actual el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos. Los distintos órganos de la administración ejercen atribuciones jurisdiccionales a través de tribunales que no dependen del Poder Judicial. De este modo, el Estado responde a la complejidad de la administración, que debe estar dotada de una competencia que pueda resguardar también los intereses colectivos. La Corte Suprema, a partir de las primeras décadas del siglo, declaró válida la creación de órganos administrativos con competencia para tomar decisiones en controversias de carácter administrativo.

No parece dudoso, no obstante, que esta competencia de los órganos de la administración puede estar en colisión con lo dispuesto por el art. 109 (antes, 95, sin reformas) de la Constitución: *“En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”*. Es preciso recordar también que el art. 18 incluye la garantía de comparecer ante los órganos judiciales en procura de justicia.

A partir del caso “Fernández Arias” (“Fallos”, 247:646, 1960), la Corte estableció los siguientes presupuestos:

a) el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos es uno de los aspectos que en mayor grado atribuyen una nueva fisonomía al principio de división de poderes;

b) es compatible con la ley fundamental la creación de órganos, procedimientos y jurisdicciones de índole administrativa destinados a hacer más efectiva la tutela de los intereses públicos, habida cuenta de la creciente complejidad de las funciones asignadas a la administración;

c) la creación de órganos administrativos no supone la posibilidad de un otorgamiento incondicional de atribuciones jurisdiccionales, lo que implica que su decisión debe quedar sujeta a un *control judicial suficiente* (destacado en el original);

d) *Control judicial suficiente* quiere decir:

— reconocimiento, a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios;

— negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertido;

— no es garantía suficiente la mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Jefe de la administración:

Jorge Sarmiento García, *La Jefatura administrativa del presidente de la Nación*, en Dardo Pérez Guilhou y otros, *Atribuciones del Presidente Argentino*, Ed. Depalma, 1986, p. 250.

Decretos reglamentarios:

María Celia Castorina de Tarquini, *La facultad reglamentaria y el orden constitucional*, en Dardo Pérez Guilhou y otros, *Atribuciones del Presidente Argentino*, Ed. Depalma, 1986, p. 259.

Decretos de necesidad y urgencia:

Carlos E. Colautti, *Atribuciones presidenciales durante la emergencia*, "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1991, n^{os}. I-II, p. 93.

— *El control sobre los decretos de necesidad y urgencia*, "La Ley", suplemento diario del 17 de marzo de 1998.

— *Los derechos patrimoniales durante la emergencia*, "L.L.", 1991-E, p. 1359.

Humberto Quiroga Lavié, *La doctrina de la Defensoría del Pueblo sobre los decretos de necesidad y urgencia*, "L.L.", 1997-E, p. 1296.

Julio Rodolfo Comadira, *Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional*, "L.L.", 1995-B, p. 825.

Miguel Ángel Ekmekdjíán, *Breves reflexiones sobre la reforma constitucional*, "L.L.", 1994-E, p. 1128.

Alejandro Pérez Hualde, *Decretos de necesidad y urgencia*, Ed. Depalma, 1995.

Néstor Sagüés, *Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino*, "L.L.", 1985-E, p. 798.

Nombramientos con acuerdo:

Dardo Pérez Guilhou, *Los jueces de facto...*, cit. en Cap. VIII.

Indulto y conmutación de penas:

José Luis Lazzarini, *Indulto presidencial durante el proceso*, "L.L.", 1989-D, p. 1116.

Luis F. Lozano, *¿Puede un presidente indultar a un procesado?*, "L.L.", 1990-B, p. 1198.

Guillermo J. Ouviña, *Principio penal de certeza y división de poderes...*, "L.L.", 1990-A, p. 864.

Jorge Luis Santana, *La facultad presidencial de indultar (en la opinión de Joaquín V. González)*, "L.L.", 1989-D, p. 1198.

José Licinio Scelzi, *Los recientes indultos presidenciales y sus consecuencias jurídicas*, "L.L.", 1989-E, p. 1091.

Poderes militares del presidente:

Ismael Farrando, *La Jefatura Militar*, en Dardo Pérez Guilhou y otros, *Atribuciones del Presidente... cit.*, p. 481.

Las facultades de organización y los tribunales militares:

Germán Bidart Campos, *La jurisdicción penal militar y las garantías constitucionales del derecho penal*, "E.D.", 24/3/83.

Carlos E. Colautti, *La aplicación de la jurisdicción militar a los civiles*, "L.L.", 1981-D, p. 1041.

Raúl Alberto Ramayo, *La jurisdicción o justicia militar y el principio de la división de los poderes*, "L.L.", 122-1183.

Jorge Reinaldo Vanossi, *El sometimiento de civiles a tribunales militares*, "E.D.", 2/6/81.

CAPÍTULO XIII

PODER JUDICIAL

1. El Poder Judicial de la Nación.

El art. 108 de la Constitución dispone que *“el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”* (antes, art. 94, sin reformas).

Nos parece de interés recordar que este texto proviene de la reforma de 1860, dado que el art. 101 de la Constitución en el texto de 1853 disponía: “El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residirá en la Capital y los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”. Es decir que en 1860 se abandonó el criterio de que el supremo tribunal tuviera un número fijo de jueces. Asimismo, se suprimieron las palabras que indicaban que la Corte estaba compuesta también por “dos fiscales”, o sea, dos representantes del ministerio público. Este criterio había sido seguido por la Constitución de 1826. En el seno de esta asamblea se debatió si el número debía ser de siete, como lo disponía la Constitución de 1819, o de nueve. Prevalció este último criterio en consideración a que se preveía la posibilidad de desdoblar el tribunal en dos salas (Ravignani, t. III, p. 289).

Hasta 1902 el Poder Judicial federal estaba compuesto por la Corte Suprema de Justicia y por los juzgados de sección. En ese año se dictó la ley 4055, que creó las Cámaras Federales de Apelaciones, que conocían en segunda instancia de las apelaciones contra las decisiones de los jueces de sección, siempre que el monto del juicio superara un valor determinado¹. Éstas tenían su sede en la Capital Federal, La Plata, Córdoba y Paraná.

¹ El monto era sin duda elevado, pues la ley 4055 lo fijaba en un millón de pesos, cantidad que al menos duplica el valor adquisitivo de un millón de pesos en la denominación actual.

Consideramos que no debemos extendernos sobre este tema, pero queremos recordar solamente que en nuestro sistema, como lo afirma en forma inequívoca la Constitución, el órgano judicial es un *poder*. En este sentido, no es mera *administración de justicia*, como en los países europeos, en especial de Europa continental, sino —reiteramos— uno de los tres poderes del Estado. Esta condición de poder resulta del ejercicio del control de constitucionalidad que en nuestro sistema, como ya hemos visto (Capítulo IV, punto 7, a), es disperso. Como consecuencia de este control, el Poder Judicial interviene en las decisiones políticas, dado que no es coherente pensar que si las decisiones que toman el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo son políticas, no lo es la resolución que toma el Poder Judicial al invalidar estas decisiones por inconstitucionales. Carlos Fayt describe esta característica con acertada claridad: “La Constitución Nacional ha puesto el gobierno de la Nación en manos de tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. En el ámbito de sus competencias, cada uno de ellos cumple con su función de gobernar a la Nación” (p. 1).

2. El Poder Judicial en el Estado federal.

En la forma federal del Estado, este poder reviste características especiales. En efecto, junto a la organización judicial de cada provincia existe una organización federal. En líneas generales, aquélla entiende en los casos sometidos al derecho común, es decir, las leyes que enumera el art. 75, inc. 12, y los casos regidos por el derecho provincial, mientras ésta entiende en las causas en las que está interesado el Estado nacional o que abarcan cuestiones interjurisdiccionales o internacionales. La justicia federal tiene competencia concurrente con la provincial, a fin de asegurar la supremacía de la Constitución, de la cual la Corte Suprema es intérprete final. Como es sabido, los orígenes de esta creación derivan de la Constitución de Estados Unidos, que estableció el Poder Judicial federal, el que asumió como competencia la decisión acerca de la constitucionalidad de las normas y actos emanados de los otros dos poderes. A pesar de ser orgánicamente el más débil de los poderes, su fuerza radica en la aceptación de su función de control del sistema constitucional y legal. “A pesar de que los tribunales dependen para el cumplimiento de sus sentencias de los funcionarios nombrados por el Ejecutivo y que no tiene patrocinio ni control alguno de la bolsa o de la espada, su poder e influencia descansan únicamente sobre el sentido público de la

necesidad de que exista un tribunal al cual todos pueden apelar para hacer valer y proteger los derechos garantizados por la Constitución y por las leyes del país y sobre la confianza puesta en la rectitud de sus decisiones y en la pureza de sus motivos” (“United States v/ Lee”, 106 US 196, 1882).

En los estados federales, el Poder Judicial tiene además las características de ser el defensor de la Constitución y del equilibrio de los derechos del gobierno federal y de las provincias.

3. La Corte Suprema.

a) Composición.

Como hemos dicho, la Constitución no fija el número de miembros de la Corte Suprema de Justicia. Desde su primera composición, en 1862, prevaleció el criterio de cinco miembros. En 1958, la ley 15.271 elevó el número a siete; en 1966, el gobierno de facto volvió a fijarlo en cinco miembros. La Corte ha variado su composición en cinco oportunidades. La actual, conforme a lo establecido por la ley 23.774 de 1990, es de nueve jueces. Esta laguna constitucional fue calificada por Bryce como un punto débil en la armadura de la Corte.

La composición del tribunal —como dijimos— no constituye un problema de constitucionalidad, sino de oportunidad y prudencia, dado que ésta por sí sola no asegura resultados. En 1989, con motivo del proyecto de ley —luego aprobado— que aumentó el número de jueces de cinco a nueve, la Corte Suprema dictó la acordada 44, en la cual la mayoría, entre otros conceptos, expresó:

“La más que centenaria colección de fallos de la Corte es prueba harto ilustrativa de que en los 120 años en que el tribunal actuó con la composición que hoy posee (cinco miembros), sus sentencias han sido testimonio y resonancia de opiniones y pensamientos, criterios y filosofías, posiciones y principios variados y opuestos. Los votos concurrentes y los votos disidentes que se registran en casos que constituyen verdaderos hitos en el desarrollo y consolidación de los derechos y garantías de los individuos y en la relación entre los órganos de los gobiernos federal y provincial y también en controversias de aparente menor relevancia, acreditan silenciosa pero no por ello menos concluyentemente, que el número de magistrados que ha regido en tan extenso período —prácticamente la vida toda del tribunal— lejos de impedir u obstaculizar un debate de ideas suficiente, lo ha posibilitado plena y fecundamente”.

Consideramos que estos argumentos enmarcan con claridad el dilema de la conveniencia de una Corte Suprema numerosa. A esto podemos añadir la opinión del presidente del Supremo Tribunal de Estados Unidos, Charles Evans Hughes, quien en 1937, cuando el presidente Roosevelt propuso un aumento en el número de jueces, sostuvo la ineficacia de la medida dado que el tribunal actúa como unidad y esto implicaría “escuchar a más jueces, conferenciar con más jueces, discutir con más jueces, convencer o ser convencido por más jueces”. En principio, el número de jueces debe estar vinculado con la posibilidad de que ella represente a los distintos sectores de la sociedad para que quede asegurada su imparcialidad. En este sentido, y con referencia a los sectores políticos, es conveniente recordar el pensamiento de Bartolomé Mitre, expuesto en su discurso de 1862 cuando dejó constituido el tribunal: “Como presidente de la Nación busqué a los hombres que en la Corte Suprema fueran un contralor imparcial e insospechado de las demasías de los otros poderes del Estado y que viniendo de la oposición dieran a sus conciudadanos la mayor seguridad de la amplia protección de sus derechos y la garantía de una total y absoluta independencia del tribunal”.

Desde luego que la composición no puede limitarse a reflejar las principales tendencias políticas sino que debe tener en cuenta también la diversidad geográfica y religiosa. Desde nuestro punto de vista, es difícil de explicar que ninguna mujer integre en la actualidad la Corte Suprema.

b) Presidencia.

Desde sus inicios en 1862, el presidente de la Corte fue designado por el presidente de la República. Hasta 1930, nueve presidentes de la Nación designaron a once presidentes del tribunal. La práctica —que no estaba reglada por ley— fue modificada durante el gobierno de facto de 1930 y continuó hasta la sanción de la ley 23.774, cuyo art. 1 establece que el cuerpo designará su presidente.

c) Poderes implícitos.

En sentido estricto —como bien lo advierte Carlos Fayt—, los órganos de gobierno están habilitados para ejercer todas las facultades que implícitamente surgen de la Constitución o de la ley. La Constitución, en el inc. 32 del art. 75 (antes, inc. 28, art. 67, sin

reformas), confiere al Congreso la atribución de “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al gobierno de la Nación Argentina”. Si bien no existe autorización constitucional expresa, la Corte Suprema ha entendido que tiene poderes implícitos y ha hecho uso de ellos en diversas oportunidades. En el caso “Pérez de Smith, Ana María” (CS, abril 18-977, “L.L.”, 1977-B-483), varios presentantes denunciaron directamente ante la Corte Suprema la desaparición de más de cuatrocientas personas respecto de las que se habían iniciado recursos de *habeas corpus*. Las autoridades contestaron que aquéllas no se encontraban registradas como detenidas.

La Corte, después de admitir que no podía conocer por competencia originaria, expresó que “si tal como denuncian los presentantes fuesen numerosos los recursos de *habeas corpus* en los cuales las autoridades han contestado que las personas a cuyo favor se ha interpuesto no están registradas como detenidas, podría configurarse una situación que de hecho equivaldría a una privación de justicia”.

“Frente a ello —continuó—, habida cuenta de que es principio inconcuso de nuestro régimen la separación pero también el equilibrio armónico de los poderes en función de lograr la plenitud del estado de derecho, esta Corte *estima su deber poner en ejercicio los poderes implícitos* que hacen a la salvaguardia de la eficacia de la función, principalmente en cuanto se refiere a la protección de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional”. En consecuencia, expresó que “el tribunal considera oportuno dirigirse al Poder Ejecutivo Nacional a fin de encarecer se intensifique por medio de los organismos que correspondan la investigación sobre el paradero y la situación de las personas cuya desaparición se denuncia judicialmente y que no se encuentran registradas como detenidas”.

4. El Consejo de la Magistratura.

a) Conceptos preliminares.

En el derecho comparado y en el derecho público provincial se han previsto órganos específicos que tienen por objeto asesorar o intervenir en la selección técnica de quienes han de ser miembros de la judicatura.

Estas instituciones se han organizado bajo diversas denominaciones: “Consejo Superior de la Magistratura”, en Italia,

Francia y Portugal; “Consejo General del Poder Judicial”, en España; “Consejo de la Judicatura”, en Colombia; “Consejo Nacional de la Magistratura”, en Perú.

En nuestro derecho público provincial ha prevalecido la denominación de “Consejo de la Magistratura”. Hace más de veinte años, esta institución se incorporó a la Constitución de la provincia del Chaco. Luego tuvo recepción en las constituciones de San Juan, San Luis y Santiago del Estero.

En el orden nacional, la propuesta de un órgano específico que interviniera en la designación de los magistrados comenzó a expresarse en coincidencia con la reforma de 1957².

La reforma de 1994 introdujo como institución constitucional al Consejo de la Magistratura.

Es conocido que este tipo de cuerpos es típico del derecho europeo continental, en el cual la rama judicial se desempeña como administración de justicia. Los ejemplos más notorios son los de Italia y España. En ambos sistemas han tenido un éxito variable y su conveniencia es objeto de debate. En Francia, el Consejo actúa esencialmente como órgano de asesoramiento, pero también tiene atribuciones disciplinarias (arts. 64 y 65, Constitución de 1958).

En el nuestro —como hemos reiterado—, la rama judicial es un *poder* con una eminente función de control sobre los otros dos poderes del Estado, que deriva del control de constitucionalidad difuso, es decir, de la competencia que tienen todos sus miembros para declarar la inconstitucionalidad de las normas y actos emanados de los poderes políticos.

No es nuestro propósito realizar una crítica acerca de la técnica y del criterio del art. 114 de la Constitución. Uno de los defectos sustanciales es que se ha dejado a la reglamentación temas que no tienen este carácter sino que conciernen a la esencia de la institución.

² Antes de la reunión de la Convención, la denominada Junta Consultiva se pronunció en favor de la creación constitucional de un Consejo Superior de la Magistratura con la facultad de decidir sobre el nombramiento de los magistrados. En su dictamen propuso la creación del “Consejo Superior de la Magistratura con la facultad de decidir sobre nombramientos, destinos, traslados, promociones y medidas disciplinarias con respecto de los magistrados”. Reunida la Convención, presentó un proyecto en ese sentido que, en lo pertinente, preveía que estaría integrado por “los ministros de la Corte, dos senadores, dos diputados y cinco abogados de más de quince años de ejercicio profesional; decidirá sobre nombramientos por concurso, destinos, traslados y promociones de magistrados y de su separación...” (*Diario de Sesiones*, t. II, p. 864).

La técnica constitucional es objetable, pues se ha hecho una delegación excesiva en el Poder Legislativo, incompatible con la seguridad jurídica. Esto se demuestra por la demora que sufrió su reglamentación legal, que concluyó con la sanción de la ley 24.937 y su correctiva la 24.939 (B.O., 6/1/98).

Veremos a continuación alguna de las perplejidades de su articulado que fueron parcialmente solucionadas con las leyes reglamentarias.

Es conveniente no omitir que la dinámica del poder tiene hoy en nuestro sistema dos características insoslayables. En primer lugar, una concentración de atribuciones en el Ejecutivo, que la reforma de 1994 ha acentuado a pesar de las declamaciones en contrario. En segundo lugar, que dentro del sistema tripartito, el Judicial es —como ya hemos recordado— el poder más débil.

También es conveniente subrayar que los grupos políticos que impulsaron la reforma se comprometieron a reglamentar la ley dentro de un lapso determinado (cláusula transitoria decimotercera) y que dicho plazo se hallaba cumplido con exceso cuando se dictaron las leyes reglamentarias.

El art. 114 de la Constitución establece:

“El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial”.

Es decir que estaba prevista una mayoría especial calificada para la reglamentación: “una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”. Las leyes reglamentarias tuvieron un trámite complejo. En efecto, el Senado fue Cámara de origen y aprobó su proyecto por la mayoría absoluta de sus miembros. Luego de un dilatado trámite, Diputados, por dos terceras partes de los presentes, introdujo modificaciones sustanciales al proyecto.

De acuerdo con lo que dispone el art. 81 de la Constitución, el Senado no podía *desechar totalmente* el proyecto que había impulsado como Cámara de origen, pero sostuvo —forzando la interpretación constitucional— que podía sí dejar transcurrir el plazo y no tratar el proyecto modificado. Finalmente, se llegó a un acuerdo político mediante el cual luego de la aprobación del Senado se sancionaría una ley correctiva que contemplaba algunas de las aspiraciones de la Cámara Alta.

El artículo 114 de la Constitución señala las dos funciones básicas del Consejo: a) *selección de los magistrados*; b) *administración del Poder Judicial*.

Desde el punto de vista teórico, es correcto que exista un órgano técnico que intervenga en la selección de los magistrados. Aunque es necesario subrayar que la Reforma ha mantenido el procedimiento tradicional: el presidente solicita el acuerdo del Senado y si éste lo concede aquél designa al magistrado (art. 99, inc. 4; antes 86, inc. 5).

También es correcto que se detraiga de la Suprema Corte la función de administración. Esto fue abordado en Estados Unidos en diversas etapas a partir de la década del 1920.

En efecto, en una primera etapa se creó la Conferencia Judicial (*Judicial Conference*) formada por los presidentes de las Cámaras Federales (*Senior Circuit Judges*) y un juez federal de primera instancia por cada circuito. El presidente de la Corte también preside este cuerpo, cuya composición, como viene expuesto, es exclusivamente judicial. Sus competencias están relacionadas primordialmente con la administración del Poder Judicial Federal que ejerce en la actualidad a través de la Oficina Administrativa (*Administrative Office of the United States*). También tiene funciones disciplinarias. En 1967 se creó un organismo de tipo académico que opera como apoyo para la formación del personal. Es el *Federal Judicial Center*.

Nada impide, en un sistema de división de poderes que un ente judicial bajo la dependencia de la Corte Suprema atienda los requerimientos administrativos.

b) Composición.

“El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio de la representación de los órganos políticos resultantes de la voluntad popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado asimismo por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y forma que indique la ley” (art. 114, párr. 2°).

Desde antes de la sanción de las reformas, diversas instituciones —entre ellas la Federación Argentina de Colegios de Abogados— señalaron con acierto que era necesario que en el texto constitucional se estableciera expresamente el número de miembros y la proporción que correspondería a cada sector.

Alberto Spota recuerda (pág. 46) que se ha reeditado el error que se cometió en la reforma de 1860, cuando se suprimió del texto de 1853 la indicación precisa el número de miembros que debía tener la Corte Suprema de Justicia de la Nación (pág. 46). Ya

hemos recordado la crítica que hace Bryce al sistema de Estados Unidos que omitió realizar una precisión al respecto.

Fue arduo el trámite seguido para despejar los interrogantes que generaba este texto. En efecto, la ley 24.937 diseñaba un Consejo de diecinueve miembros y fue corregida por la ley 24.939, que fijó el número en veinte.

En definitiva, el Consejo estará compuesto de la siguiente manera (art. 2):

a) el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación;
b) cuatro jueces del Poder Judicial de la Nación elegidos por sistema D'Hont;

c) ocho legisladores;

d) cuatro representantes de los abogados;

e) un representante del Poder Ejecutivo;

f) dos representantes del ámbito científico y académico.

Los jueces que integren el Consejo deben tener tres calidades distintas: en su elección deberá garantizarse una igual representación de los jueces de Cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados con competencia federal del interior de la República. Parece obvio que este diseño es difícilmente conciliable con el sistema electoral D'Hont.

Entiendo también que es inconveniente someter al Poder Judicial a contiendas electorales que no parecen compatibles con sus funciones.

Los legisladores serán cuatro por cada Cámara y serán designados por los respectivos presidentes a propuesta de los bloques. Dos por la mayoría, uno por la primera minoría, y otro por la segunda minoría.

Los abogados serán elegidos por el voto directo de los inscriptos en la matrícula federal aplicándose el sistema D'Hont. Debe garantizarse la presencia de al menos un abogado del interior de la República. La Corte Suprema confeccionará el padrón de los jueces y abogados, y la Federación Argentina de Colegios de Abogados organizará y fiscalizará la elección de los abogados de la matrícula federal.

El Consejo Interuniversitario Nacional elegirá, con el voto de las dos terceras partes de sus votos, uno de los representantes del ámbito académico. El otro será elegido por los titulares de cátedra de las facultades de derecho nacionales. El Consejo Interuniversitario organizará la elección.

Los miembros del Consejo duran cuatro años en sus funciones pudiendo ser reelegidos una vez en forma consecutiva. Los miembros que son elegidos por su calidad institucional —jueces

y legisladores— cesan en sus funciones cuando se alteran las calidades en función de las cuales fueron elegidos (art. 3). El desempeño no es incompatible con el ejercicio del cargo en virtud del cual fueron elegidos. Los abogados deben suspender su matrícula federal por el tiempo que dure el desempeño del cargo (art. 28).

El presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación presidirá el Consejo (art. 10).

Éste se dividirá en cuatro comisiones:

- a) de Selección de Magistrados y Escuela Judicial;
- b) de Disciplina;
- c) de Acusación;
- d) de Administración Financiera.

c) Atribuciones.

El artículo 114 está en la Sección Tercera de la Constitución: *Del Poder Judicial*. La ley reglamentaria ha despejado cualquier incógnita al respecto, y en su artículo 1 determina:

“El Consejo de la Magistratura es *un órgano permanente* del Poder Judicial que ejercerá la competencia prevista en el artículo 114 de la Constitución Nacional”.

Sus funciones son:

1) *Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.* — Ésta es la función sustancial. Es correcta la definición del art. 114 de la Constitución de que el Consejo selecciona a los *postulantes*. El Poder Ejecutivo realiza en última instancia la designación, dado que luego del acuerdo del Senado decidido en sesión pública emite el decreto de designación. El Senado, de acuerdo con el art. 99, inc. 4, *tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos*.

Con el objeto de seleccionar a los postulantes la ley, como hemos visto, ha previsto una Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial. La selección se realizará mediante concurso público de oposición y antecedentes.

El procedimiento para la selección de los jurados de acuerdo con la ley reglamentaria es el siguiente:

El Consejo —a propuesta de la Comisión de Selección— elabora anualmente listas de jurados para cada especialidad que estará integrada por jueces, abogados y profesores universitarios. Al llamar a concurso, la Comisión de Selección sorteará los miembros de las listas. Cada jurado debe estar compuesto por un

abogado, un juez y un profesor de derecho que no pertenezcan a la jurisdicción en la que se deba cubrir la vacante. Los miembros del Consejo no pueden ser jurados.

El Jurado tomará el examen y determinará el orden de mérito, pero la decisión final en la formación de las ternas la toma el plenario del Consejo por el voto de las dos terceras partes de sus miembros (art. 13). La ley afirma que la decisión será inapelable. No obstante, es inequívoco que siempre habrá un recurso ante la Corte Suprema de Justicia cuando se alegue lesión a derechos constitucionales.

2) La Constitución dispone que los concursos deber ser públicos y que una vez que aquéllos se sustancien el Consejo deberá: *Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.*

Respecto de este tema es necesario hacer las siguientes precisiones.

Hemos visto que el presidente conserva la facultad de designar a los magistrados. Spota la califica con acierto como una capacidad política no condicionada (pág. 51). Por su parte, el Senado es el órgano que debe pronunciarse en definitiva sobre la idoneidad de los candidatos (art. 99, inc. 4). El presidente de la República de acuerdo con el texto constitucional no tiene obligación de adherir a las propuestas del Consejo y desde luego tampoco seguir el orden de la terna. El concepto "vinculante" es ineficaz y se ha emitido fuera de contexto.

No podrá considerarse vinculante ni la terna en sí ni el orden en que ha sido propuesta. Tanto el presidente como el Senado pueden rechazar la terna. En este caso deberán solicitar al Consejo que emita una nueva. La ley reglamentaria, con acertado criterio, no se ha pronunciado al respecto.

Esta Comisión dirige la Escuela Judicial "a fin de atender la formación y perfeccionamiento de los funcionarios y los aspirantes a la magistratura" (art. 13). El plenario del Consejo organiza el funcionamiento de la Escuela, aprueba los programas de estudio y establece el valor de los cursos realizados como antecedentes para los concursos.

3) *Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.* — Las últimas palabras de este inciso revelan el error de concepto que signa al art. 114 de la Constitución. En nuestro sistema la justicia es un *poder* de idéntica jerarquía que los otros dos que imparte justicia, no una *administración*. La Corte Suprema y los tribunales federales

inferiores constituyen el *Poder Judicial de la Nación*, que en último análisis dirime los conflictos entre todas las personas públicas y privadas. La ley asigna un presupuesto a este poder como lo asigna al Legislativo o al Ejecutivo. Entiendo que la ley especial, con acierto, ha tenido en cuenta este principio.

En efecto, la ley ha dispuesto que la Oficina de Administración y Financiera ejerza las funciones sustanciales de administración. Esta Oficina está a cargo del administrador general del Poder Judicial (art. 16). Entre sus competencias podemos mencionar las de elaborar el anteproyecto de presupuesto anual del Poder Judicial y la de ejecutarlo.

La Comisión de Administración y Financiera del Consejo fiscaliza a la Oficina, realiza auditorías y efectúa el control de legalidad y deberá informar al plenario del Consejo (art. 16). Es decir que, con un criterio que considero acertado, el Consejo de la Magistratura se limitará a fiscalizar la administración del Poder Judicial. Creo pertinente señalar que la ley aclaratoria dispuso que esta Comisión estará integrada *preferentemente* por la representación de los jueces.

4) *Ejercer facultades disciplinarias sobre los magistrados.* — No parece dudoso que la disciplina de los magistrados no puede estar a cargo de los abogados ni de los legisladores, ni de los académicos. Existe una larga tradición histórica de que la disciplina es ejercida por los órganos del Poder Judicial.

La ley reglamentaria establece que la comisión de Disciplina propone al plenario del Consejo las sanciones disciplinarias a los magistrados y especifica que el representante del Poder Ejecutivo no integrará esta sala (art. 14). El plenario del Consejo es quien en última instancia aplica las sanciones a los magistrados. Para ello requiere el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes.

“Las sanciones disciplinarias que aplique el Consejo serán apelables en sede judicial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5) *Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados... y formular la acusación correspondiente.* — Como vimos en el Capítulo IX, la reforma de 1994 excluyó del juicio político a los magistrados de los tribunales inferiores. Ha detraído, por tanto, de la competencia de la Cámara de Diputados la investigación de los hechos descriptos en el art. 53 de la Constitución que a partir de la organización del Consejo estará a su cargo.

La ley reglamentaria dispone la creación de una comisión de Acusación que es la que realiza ante el plenario del Consejo la propuesta de acusación con el objeto de que el Jurado de Enjuiciamiento pueda disponer la remoción (art. 15). La norma prevé que la mayoría de esta Comisión estará formada por legisladores pertenecientes a la Cámara de Diputados.

La apertura del proceso es decidida por el plenario del Consejo con el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes (art. 7, inc. 7). La norma añade que “esta decisión no será susceptible de acción o recurso judicial o administrativo alguno”. Reiteramos que siempre estará abierta la vía del recurso extraordinario cuando exista una violación de derechos constitucionales, máxime cuando el Consejo está habilitado para suspender a los magistrados.

El art. 114, inc. 5, de la Constitución establece como competencia del Consejo en la etapa posterior *ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente*.

Mucho se ha discutido en doctrina acerca de la competencia para decidir las suspensiones en el caso de juicio político. Se ha considerado que esta sanción no podía ser aplicada por el Senado de la Nación pues implicaba el ejercicio de una atribución no prevista por la Constitución. También se ha discutido si no resulta lesivo al derecho de defensa y de propiedad privar preventivamente al acusado del sueldo correspondiente. La Constitución, como dijimos, habilita al Consejo para ordenar la suspensión del magistrado y luego formular la acusación.

Si esto implica la descripción de una secuencia, es inaceptable. En efecto, cuando el órgano correspondiente “decide la apertura del procedimiento de remoción”, está simplemente ordenando que se realice una investigación. Existe solamente una denuncia contra el magistrado que debe ser investigada. Si de la investigación resultan cargos concretos procede entonces que se decida formular la acusación. Recién en este momento puede ordenarse la suspensión del magistrado. Como lo es la de privarle de todo o parte de su sueldo, pero siempre después que el Consejo decida formular la acusación y no, desde luego, cuando decide abrir la investigación. Siempre será necesario oír previamente al magistrado denunciado. Ésta no es la solución prevista expresamente por el art. 7, inc. 7, de la ley correctiva 24.939.

6) *Dictar reglamentos*. — El inciso 6 del art. 114 de la Constitución dispone en su primera parte: “Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial...”.

La ley reglamentaria fija entre las funciones del plenario del Consejo la de “dictar los reglamentos referidos a la organización judicial y los reglamentos complementarios de las leyes procesales, así como las disposiciones necesarias para la debida ejecución de esas leyes y toda normativa que asegure la independencia de los jueces y la eficaz prestación de la administración de justicia” (art. 7, inc. 2).

Desde mi punto de vista, la primera parte de la norma es inadecuada, dado que la organización de la justicia federal es atribución privativa del Poder Legislativo (art. 75, inc. 20). A su vez, el art. 113 (es idéntico al anterior 99) dispone que “la Corte Suprema dictará su reglamento interior...”.

La última parte del art. 7, inc. 2, de la ley reglamentaria es transcripción textual del inc. 6, *in fine* del art. 114 de la Constitución “...*todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia*”.

La independencia de los jueces está garantizada en el propio texto de la Constitución Nacional. Se articulan sustancialmente con la inamovilidad en el cargo y con la intangibilidad de las remuneraciones que estudiaremos a continuación. Constituye un tema de operatividad de las cláusulas constitucionales que no se asegura con reglamentos, sino, por el contrario, con el cumplimiento de aquéllas.

Esta norma resulta, por tanto, innecesaria e impropia de una ley reglamentaria.

5. Garantías de independencia de los jueces.

a) Inamovilidad.

El art. 110, primera parte (antes, 96, sin reformas), dispone: “*Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta...*”. El concepto de buena conducta como presupuesto de la inamovilidad es un concepto político que está vinculado con el principio de idoneidad del art. 16 de la Constitución. A este respecto existe un principio básico: la buena conducta no constituye un juicio de valor sobre la conducta privada de los hombres que está fuera de la órbita de la actividad estatal, pero es un juicio sobre la idoneidad que involucra sustancialmente aspectos técnicos y puede también referirse a aspectos éticos en la función. Es necesario recordar que, conforme a lo que establecen los reglamentos de las Cámaras del

Congreso, los fundamentos de las sentencias y resoluciones no pueden dar sustento al juicio político. Es decir que si existe un error en la fundamentación de las decisiones, esto será, en principio, materia de los recursos que habiliten las leyes de procedimientos, pero no pueden ser calificados como faltas en la conducta para habilitar la remoción. En el Capítulo IX nos hemos referido al juicio político, que es el procedimiento establecido para la remoción de los jueces de la Suprema Corte de Justicia. Más adelante estudiaremos lo relativo a los jurados de enjuiciamiento de magistrados a los que se refiere el art. 115 de la Constitución.

El concepto del art. 110 se completa con el del art. 53 (antes, 51, sin reformas), referente a las causales del juicio político, y que también ha sido incorporado por el art. 115, es decir, *mal desempeño, delito en el ejercicio de sus funciones o crímenes comunes* (ver Cap. IX, apart. B, 1).

La inamovilidad constituye el pivote básico de la independencia, dado que su objeto es resguardar a los jueces de toda influencia directa o indirecta que pueda influir sobre sus decisiones. La Corte Suprema de Estados Unidos advirtió en una de sus decisiones que “es por completo evidente que el que conserva su cargo solamente por el tiempo que quiera otro no es digno de confianza para conservar una actitud de independencia contra la voluntad de ese otro” (“Humphrey v/ United States”, 295 US 602, 1935).

b) Intangibilidad de las remuneraciones.

El art. 110 subraya en su segunda parte, la garantía de independencia, al establecer:

“...recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”.

La Corte Suprema de Justicia ha sintetizado de la siguiente manera las razones que fundamentan este principio constitucional:

a) el ánimo de independizar al Poder Judicial del Poder Legislativo, es decir, de colocarlo fuera del alcance o de la sospecha de cualquier influencia;

b) establecer una valla también frente al Poder Ejecutivo, ante la prerrogativa de éste de proyectar la ley en materia de presupuesto;

c) salvaguardar al Poder Judicial de cualquier tipo de presión, en resguardo de una real independencia de acción y de criterio de los magistrados;

d) asegurar el principio de inamovilidad, puesto que para llevar a cabo la pretensión de doblegar o desarticular la magistratura no hay procedimiento más concluyente que alentar el éxodo de funcionarios y magistrados;

e) alejar a los magistrados de las angustias económicas, como modo de garantizar una auténtica independencia del juez como persona (CS, integrada por conjuces, noviembre 15-985, "Bonorino Perú", "L.L.", 1986-A-3).

La intangibilidad de la remuneración de los magistrados tiene por objeto garantizar su independencia; ha sido establecida —dijo la Corte— "no por razón de la persona de los magistrados, sino en mira a la institución Poder Judicial de la Nación, a la que los constituyentes han querido liberar de toda presión de parte de los otros poderes". La interpretación de este principio ha llevado a la conclusión de que es inconstitucional tanto reducir las remuneraciones por la vía de impuestos como no acrecentar su monto nominal, a fin de mantener su valor económico, cuando ha existido depreciación monetaria. Joaquín V. González advierte que la "...prohibición es absoluta «en manera alguna», es decir, ni por reducciones generales o proporcionadas a toda la administración, ni por impuestos ni «cualquier otro medio» que pueda limitarlo" (*Manual...*, n° 591). El tribunal ha dicho que "la igual jerarquía de la Corte Suprema con relación al Poder Ejecutivo y al Congreso obliga al tribunal, en cuanto cabeza y titular del Poder Judicial, e inclusive en ejercicio de sus poderes implícitos, a conferir operatividad, en causa judicial a la intangibilidad de los sueldos de los jueces, en cuanto es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente" ("Fallos", 307:2174).

No obstante, debemos advertir que los efectos generales causados por la inflación no pueden considerarse ajenos a los magistrados que deben asumirlos solidariamente con el resto de la población. La sola circunstancia de una pérdida del valor intrínseco de la moneda no es suficiente para que en momentos de penuria común para toda la comunidad, los jueces integren un sector preferencial con respecto al resto.

c) Garantía de la sede.

La inamovilidad, como lo indica el propio significado del término, garantiza también la sede. Los jueces federales, una vez

designados, mantienen —como hemos visto— un derecho vitalicio sobre el cargo, supeditado sólo a su “buen comportamiento”. No existe controversia en cuanto a que para el cambio de grado de los magistrados es necesario un nuevo acuerdo del Senado. Esto es práctica reiterada y sin excepciones, ya que el Senado presta el acuerdo para determinadas funciones. Creemos que el mismo principio debe regir para el cambio de fuero o especialización. La inamovilidad debe referirse también a la sede: los jueces no pueden ser trasladados sin su consentimiento. Una correcta interpretación de la garantía implica que toda nueva designación de un juez, sea en sede, fuero o grado, debe tener acuerdo del interesado.

6. Responsabilidad civil de los jueces.

En grandes rasgos, la responsabilidad civil de los jueces se rige por los mismos principios generales que la responsabilidad del Estado.

En lo que respecta a la responsabilidad civil de los jueces, debe distinguirse entre:

- a) responsabilidad por actos jurisdiccionales, y
- b) responsabilidad por actos administrativos.

En el primer caso debe diferenciarse entre la responsabilidad en las causas penales y en las que genéricamente podemos denominar civiles, que abarcan aquellos daños patrimoniales que no surgen de la privación de la libertad.

Mientras la responsabilidad del Estado por hechos de la administración ha recorrido un camino muy extenso, su reconocimiento por errores judiciales puede considerarse restringido. Desde el punto de vista constitucional, el argumento básico consiste en que el propio carácter de la cosa juzgada obsta a que pueda volverse sobre la misma. La Corte ha establecido que “en principio sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado *ilegítimo* y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error” (CS, junio 14-988, “Vignone, Antonio”, “L.L.”, 1988-E-224).

Hemos de limitar estos comentarios a la responsabilidad que surge de las causas civiles, dado que aun los autores, como Marienhoff, que reconocen un amplio marco para la responsabilidad estatal, sostienen que ésta debe quedar restringida a la sede

penal y no debe ser aplicada a las causas civiles o comerciales (*Tratado...*, t. IV, p. 767).

Rafael Bielsa, cuya opinión citaremos con cierta extensión, afirma:

“Las decisiones de los tribunales pueden ser injustas o arbitrarias y lo son cuando se apartan abiertamente de la ley. Un acto de tal naturaleza entraña, desde luego, responsabilidad para el funcionario judicial que lo ejecuta; en consecuencia las leyes penales y las civiles sancionan penas para el funcionario y le obligan a indemnizar los daños causados por esos actos arbitrarios e injustos. Es decir —concluye— la responsabilidad y la sanción son puramente *personales*; alcanzan al magistrado, pero no al poder público, o sea que no obligan al Estado”. Recuerda, asimismo, que “la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada contiene siempre una presunción de verdad: *res judicata pro veritate habetur*” (*Tratado...* cit., ps. 112 y ss., y 121 y ss.). Esta opinión refleja con claridad dos inconvenientes que se presentan a la responsabilidad personal de los jueces. En primer lugar, la responsabilidad del magistrado requerirá que el damnificado supere previamente los escollos de la destitución que hoy, en el orden nacional, es competencia del jurado de enjuiciamiento. En segundo lugar, es muy probable que el patrimonio del magistrado sea insuficiente para indemnizar íntegramente los daños.

En los repertorios de la Corte Suprema son prácticamente inexistentes las decisiones respecto de este tema. No obstante, resultan significativas las conclusiones que se desprenden del fallo recaído en el caso “Vanetti de Vicari, Analía y otra c/ Provincia de San Luis” (CS, diciembre 27-947, “L.L.”, 49-756), en el que el tribunal afirmó que la decisión del litigio requiere “el enjuiciamiento de la actuación del juez provincial ante quien se hizo la denuncia de la herencia vacante y dispuso los actos de administración y vigilancia que impugnan las actoras”, añadiendo que ello “es obviamente impropio de esta Corte y no puede, por lo demás, ser objeto de un juicio civil de indemnización de daños, puesto que importaría revisar las decisiones judiciales fuera del procedimiento regular que establezca para ello la pertinente legislación adjetiva, destruyendo con ello lisa y llanamente la autoridad de la justicia”. Concluyó que esto “no quiere decir que las consecuencias de una conducta irregular de los jueces —sobre lo cual no prejuzga el tribunal en este acto— sea *insusceptible de reparación*, sino que el camino elegido en esta causa es patentemente incompatible no sólo con el régimen constitucional de las autonomías provinciales (art. 105 de la Constitución Nacional) sino también con todo el orden institucional”.

Las consecuencias de la doctrina de este fallo relativamente antiguo del tribunal son tres:

En primer lugar, recuerda el principio general acerca de que para que haya responsabilidad por una decisión judicial, ella debe haber sido revisada por los procedimientos recursivos que prevé la ley.

En segundo lugar, considera que en estos casos no hay responsabilidad de la provincia ocasionada por el mal servicio de justicia, pues la obligación de reparar es personal.

En tercer lugar, sostiene que para que proceda el derecho resarcitorio contra actos de los jueces "por no hacer oportuna, regular y debida aplicación de las leyes" es preciso, como paso previo, finalizar las actuaciones de su remoción por juicio político conforme a lo que determinen, según el caso, las constituciones nacional o provinciales. La sentencia de la Corte abre paso para las siguientes reflexiones. Resulta inequívoco que para que el acto judicial genere derecho a indemnización es requisito previo que la decisión haya sido modificada con posterioridad. En caso contrario, estaría permanentemente cuestionado el principio de la cosa juzgada. En este sentido, no puede considerarse que existe daño cuando éste tuviera su causa exclusiva en la demora, siempre que no fuera generada por dolo del funcionario. Las causas eficientes de la demora son múltiples y de compleja sistematización. En general, no pueden imputarse exclusivamente al sistema jurídico ni a los órganos ni a la labor y asesoramiento de los profesionales. Los principios aplicables difieren de los de las causas penales. Al respecto, es preciso reiterar que las responsabilidades patrimoniales no están regidas por idénticos principios que las que atañen a la libertad de las personas. Las garantías constitucionales de inocencia y de *in dubio pro reo*, que protegen la libertad ambulatoria, no son aplicables a ellas.

Es exacto que, en principio, conforme a la doctrina tradicional, los magistrados no pueden ser traídos ante los tribunales por los actos cometidos en el desempeño de su cargo sin que antes hayan sido despojados de sus fueros mediante el juicio político. La doctrina de la Corte es reiterada e invariable en el sentido de que los arts. 53 y 59 de la Constitución son un obstáculo insalvable para que se establezca la responsabilidad de los magistrados antes de que sean removidos por juicio político³.

³ Ver doctrina de la Corte en autos "Urdaniz y Cía. c/ Exequiel Ramos Mejía" ("Fallos", 113:317, 1910); "Scarsi de Trotti c/ Benjamín Williams" ("Fallos", 116:409, 1913) y "Dutra, Francisco c/ Labougle y otros" ("Fallos", 163:309, 1932). Distinto es el caso de la inmunidad de los legisladores. En efecto, respecto de estos funcionarios el tribunal ha establecido en forma

Creemos que, en líneas generales, es exacto que nuestro sistema institucional de igualdad entre los poderes no tolera de que el Estado deba responder por los errores de un funcionario administrativo, pero no ocurre lo mismo con los que cometa un juez en una causa civil cuando no hubiera posibilidad de reparación ulterior. No obstante, es preciso tener en cuenta algunas distinciones.

En primer lugar, los errores de los magistrados, por lo general, implican falta personal y no falta de servicio. En estos casos es difícil sostener que esta responsabilidad, tanto en el orden nacional como provincial, pueda encontrar su fundamento en la culpa *in eligendo*, que constituye una de las bases para responsabilizar al Estado por el error de sus funcionarios administrativos.

El nombramiento de los jueces, tal como está diseñado en nuestra Constitución Nacional y en la mayor parte de las provinciales, aun con la intervención del Consejo de la Magistratura, constituye un acto político complejo en el cual intervienen tanto el poder administrador como el Poder Legislativo. En consecuencia, existe una responsabilidad política de los miembros de esos poderes en las designaciones.

No hay, entonces, responsabilidad *in eligendo* del Estado. El problema se resuelve por la responsabilidad política de quienes efectuaron las designaciones. Un mal gobierno nos perjudica a todos, pero ello no genera responsabilidad del Estado, la que en última instancia recae sobre todos los contribuyentes.

En los litigios civiles, la causa de la obligación de resarcir radica en el comportamiento personal del juez. Es decir que el daño se genera porque el magistrado o bien ha faltado a los deberes de su cargo o bien, valiéndose de su posición dentro de la estructura estatal o de los medios materiales a su disposición, ha cristalizado un infiel cumplimiento de la función encomendada.

Sin embargo, por la presunción de legitimidad que tienen los actos que los magistrados realizan dentro de sus atribuciones legales, su responsabilidad sólo nace en el supuesto de que actúe con intención de beneficiarse o de perjudicar o beneficiar a un tercero. Es decir que no basta la lesión producida por cualquier

reiterada que, dado que los privilegios deben interpretarse en forma restrictiva, como excepciones que son al derecho común, la inmunidad "no se opone a la iniciación de acciones criminales contra un miembro del Congreso ni a que se adelanten los procedimientos de los respectivos juicios mientras que no se afecte su libertad personal, es decir que no se dicte orden de arresto o prisión" ("Edmundo Bo", "Fallos", 190:397, 1941; "Eduardo Colom", "Fallos", 205:544, 1946; "Melchor S. Posse", "Fallos", 261:34, 1965, "L.L.", t. 119, p. 199).

acto sino el consciente o voluntario comportamiento dirigido con esos propósitos y, concretamente, que éste haya tenido efecto.

En la generalidad de los casos se tratará, pues, de un comportamiento delictivo o de extrema negligencia del magistrado. En estos supuestos, la responsabilidad del Estado sería subsidiaria.

En los casos en los que el daño provenga de un error cometido sin un propósito ilegítimo que no pueda subsanarse en instancias ulteriores, nos encontraríamos con un daño generado por una falta de servicio y existiría, en consecuencia, una responsabilidad directa y objetiva del Estado.

Nos parece conveniente insistir en que, en lo atinente a la responsabilidad de los magistrados, la noción de dolo es de relevante importancia, a pesar de que la doctrina, en general, la haya excluido. Ella convierte al acto generador del daño en un delito penal y, por tanto, hace responsable al magistrado del perjuicio causado por el ilícito (arts. 29 y concordantes, Cód. Penal). A su vez —reiteramos—, en estos casos no puede imputarse el daño a una defectuosa organización del servicio o a una culpa en la elección del funcionario.

7. Remoción de los magistrados.

a) El Jurado de Enjuiciamiento.

Hemos visto en el Capítulo IX la institución del juicio político, que rige, en lo que se refiere al Poder Judicial, exclusivamente para los miembros de la Corte Suprema de Justicia.

A partir de 1957 comenzó a consolidarse, tanto en los medios académicos como a través del derecho público provincial, la idea de la conveniencia de establecer un procedimiento especial para la remoción de los jueces de los tribunales inferiores, circunscribiendo el juicio político para los miembros de la Corte Suprema. Se sostuvo que el juicio político establece un procedimiento complejo y que requiere mayorías especiales que son difíciles de lograr.

En nuestro sistema, desde 1870 hasta 1994 se realizaron treinta y ocho procesos a jueces nacionales y federales. En veinte de ellos se destituyó a los magistrados, en otros cinco el juicio concluyó en sentencia absolutoria y en trece no finalizó como consecuencia de la renuncia de los magistrados. Podemos afirmar que la generalidad de las constituciones provinciales ha adoptado el sistema de los jurados de enjuiciamiento⁴.

⁴ Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Chubut, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Salta, Santa Cruz, Santa Fe.

Con anterioridad al proceso de reforma de la Constitución de 1994, el Primer Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia recomendó: "Reservar para la remoción de los ministros de la Corte Suprema el sistema del juicio político. Los integrantes de los demás tribunales inferiores de la Nación serán removidos mediante la intervención de un *jury* de enjuiciamiento integrado por magistrados y abogados del foro en la forma y según el procedimiento que determine la ley" (p. 63).

La reforma de 1994, en su artículo 115, ha previsto la creación de Jurados de Enjuiciamiento.

"Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el artículo 53 por un jurado de enjuiciamiento...".

Es decir que se ha aceptado la solución propuesta por la doctrina y por el derecho público provincial de distinguir entre los jueces de la Corte Suprema de Justicia, sujetos al juicio político previsto antes de la reforma, y los tribunales inferiores.

Las causales son las mismas que fundamentan el juicio político (ver. Cap. IX, párr. B, 3) a las que debemos añadir el concepto del art. 110 —válido también para los ministros de la Corte Suprema—, que dispone que los jueces "conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta".

El Jurado de Enjuiciamiento deberá estar "*integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula*" (art. 115, párr. 1º, *in fine*). La ley reglamentaria ha dispuesto en definitiva que el Jurado esté compuesto de la siguiente manera:

a) tres jueces, de los cuales uno será un ministro de la Corte Suprema. En ambos casos deberán ser elegidos por sus pares;

b) tres legisladores, dos por la Cámara de Senadores elegidos uno por la mayoría y uno por la minoría, y uno por la Cámara de Diputados;

c) tres abogados de la matrícula federal, elegidos dos en representación de la Federación Argentina de Colegios de Abogados y uno en representación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (art. 22). Para la elección se aplicará el sistema D'Hont. La Federación deberá organizar y fiscalizar la elección.

El Jurado se constituirá cada cuatro años, al inicio del período de sesiones ordinarias del Congreso (art. 23).

Suscita un interrogante lo relacionado con la representación de los jueces. Parecería que, por las mismas características de su función, es inadecuado que los miembros del Poder Judicial estén sometidos a la eventual confrontación que implica un proceso electoral.

b) Procedimiento.

De acuerdo con lo que establece el art. 115 (párr. 4º), de la Constitución, la ley reglamentaria ha determinado alguno de los aspectos del procedimiento que deberá seguir el Jurado. No he de detallarlos en esta ocasión. Me limitaré a referir que la ley 24.937 ha establecido que el procedimiento será oral y público (art. 26, inc. 5) y que, finalizado éste, el Jurado deberá resolver en un plazo no superior a los veinte días (art. 26, inc. 7). La ley ha dejado sin reglamentar aquellos aspectos en los cuales la Constitución ha definido pautas.

Debemos recordar que el Consejo de la Magistratura es el único órgano con competencia para:

a) decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados;

b) en su caso ordenar la suspensión;

c) formular la acusación correspondiente.

Es decir que este órgano es el que tiene a su cargo las etapas que antes estaban a cargo de la Cámara de Diputados.

En lo que se refiere a la suspensión —a pesar de la discusión política acerca de su procedencia—, fue aplicada por el Senado en numerosas oportunidades, entre las que podemos señalar los casos de los jueces Luis Ponce y Gómez (1911), Valentín Arroyo (1918), Rafael de Allende (1920), Barraco Mármol (1948) y Alberto Oscar Nicosia (1993).

De acuerdo con la Reforma de 1994, decidir la suspensión es una competencia del Consejo de la Magistratura. Desde mi punto de vista, esta decisión puede ser recurrida ante la justicia, dado que está en juego el principio constitucional de la inamovilidad de los jueces (ver voto en disidencia del juez Fayt en el caso “Balaguer”, CS, marzo 31-993).

Considero que si el Consejo de la Magistratura, al decidir la apertura del procedimiento, no considera pertinente la medida, el Jurado de Enjuiciamiento no puede alegar competencias implícitas para ello. No obstante, siempre será posible esgrimir el argumento de que en la historia de nuestras instituciones ha sido el órgano juzgador el que ha dispuesto tal medida.

Queda subsistente el interrogante de si es posible decidir que la suspensión sea sin goce de sueldo. El tema fue tratado por el Senado en los casos de los jueces Arroyo, Allende y Nicosia, que hemos citado. En la primera oportunidad se decidió que percibiría la mitad del sueldo. El miembro informante que apoyó la moción fue Joaquín V. González. En la segunda oportunidad el Senado

decidió suspender el goce de la totalidad del sueldo sin perjuicio de que, si fuera absuelto, el acusado cobraría retroactivamente la totalidad de lo adeudado. La medida fue propuesta y fundada por Leopoldo Melo. A pesar de estos antecedentes, creo que la suspensión del sueldo implica una medida contraria a los preceptos constitucionales. Por una parte, el art. 107 de la Constitución garantiza la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces; por la otra, la privación de su sueldo a quien está sometido a juicio de remoción y se halla inhabilitado para ejercer la profesión de abogado implica una traba para su derecho a la defensa en juicio.

La Constitución en el art. 115, párr. 2º, dispone que el fallo del Jurado *será irrecurrible*. La ley reglamentaria determina que “contra el fallo sólo procederá el pedido de aclaratoria, el que deberá interponerse ante el jurado dentro de los tres días de notificado” (art. 27). Esta regla debe ser interpretada de acuerdo con las observaciones que hemos efectuado *supra* al referirnos a la revisión judicial del juicio político y los principios que ha establecido la Corte en el caso “Nicosia” allí citado (Capítulo XI, apartado B, punto 7). Desde luego que en ningún caso puede interpretarse como que signifique la imposibilidad de revisar el juicio en sede judicial cuando han sido vulnerados derechos y garantías de raigambre constitucional (ver también “Balaguer c/ Estado Nacional s/amparo”, CS, 31/3/93).

En lo que se refiere a los efectos del fallo del Jurado, el art. 115 repite principios del art. 60 sobre juicio político:

“Su fallo... no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios”.

Esto ratifica el carácter no judicial de la sentencia del Jurado y son plenamente aplicables los conceptos con que Joaquín V. González se refirió al Senado como sentenciante: “El Senado sólo es juez en cuanto afecta a la calidad pública del empleado, a la integridad o cumplimiento de las funciones que la Constitución y las leyes han prescripto para el cargo y mantenerlo en condiciones de satisfacer los intereses del pueblo. Por eso la sentencia no recae sino sobre el empleo... En cuanto a los delitos o crímenes aunque sean los que la ley llama «políticos», el Senado no los examina sino para determinar la separación del culpable del cargo público que desempeña, pero ellos tienen sus jueces propios de derecho común para que apliquen la pena correspondiente”. Es decir que el Jurado se pronuncia sobre la idoneidad del magistrado, lo que cubre los aspectos éticos, pero no se pronuncia sobre aquellos

aspectos cubiertos por el principio de inocencia, o sea, *in dubio pro reo*.

La reforma ha excluido como efecto la posibilidad que contempla el art. 60 para el juicio político de "declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación". Creo que debe entenderse que esta decisión tiene por objeto excluir la posibilidad de que el Jurado imponga una sanción que es eminentemente política como la de la incapacidad de desempeñar empleo al servicio de la Nación. La inhabilitación quedaría, entonces, como pena accesoria que sólo puede aplicar la justicia penal ordinaria. Debemos recordar que las sanciones en el juicio político que se sustancia ante el Poder Legislativo requieren mayorías calificadas, que implican una garantía suplementaria para el acusado. Por su parte, es oportuno tener en cuenta que en los más de ciento cincuenta años de vigencia de la Constitución en ningún caso se aplicó la pena de inhabilitación. Lo mismo ha ocurrido en los Estados Unidos a partir de la Carta de Filadelfia de 1787 (Corwin, Edward, pág. 15).

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Poder Judicial:

- Gregorio Badeni, *Organización del Poder Judicial en la Reforma Constitucional*, "L.L.", 1994-E, p. 923.
- Rafael Antonio Bielsa y Luis Francisco Lozano, *Independencia de los Jueces y Gobierno del Poder Judicial*, "L.L.", 1994-B, p. 1016.
- Carlos Fayt, *Supremacía Constitucional e Independencia de los Jueces*, Ed. Depalma, 1994.

Consejo de la Magistratura:

- Oscar A. Bayo, *Consejo de la Magistratura. Administración de fondos del Poder Judicial de la Nación*, "L.L.", suplemento del 23/3/95.
- Rafael A. Bielsa y Eduardo R. Graña, *El Consejo de la Magistratura. Tiempo de definiciones*, "L.L.", suplemento del 11/10/95.
- Rafael A. Bielsa y Luis F. Lozano, *Las atribuciones del Consejo de la Magistratura (Extensión y Límites)*, "L.L.", 1994-E, p. 1103.
- Santiago H. Corcuera, *Consejo de la Magistratura (Modelos para la reglamentación del artículo 114 de la Constitución Nacional)*, "L.L.", suplemento del 17/7/95.
- María Jeanneret de Cortés, *El ejercicio de facultades disciplinarias por el Consejo de la Magistratura y la independencia de los jueces*, "L.L.", 1994-E, p. 1015.

Alberto A. Spota, *El Consejo de la Magistratura*. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 1995.

— *El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional*, "L.L.", suplemento del 22/9/95.

Intangibilidad de las remuneraciones:

Néstor P. Sagüés, *Sobre la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces provinciales*, "L.L.", 1988-D-139.

Garantía de la sede:

Andrés Osvaldo Forastiero, *La inamovilidad de los jueces y la independencia del Poder Judicial*, "L.L.", 1992-C, p. 1256.

Responsabilidad civil de los jueces:

Florentino V. Izquierdo, *La responsabilidad del Estado por errores judiciales*, Ed. La Ley, 1986.

Jorge Luis Maiorano, *Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos*, "L.L.", 1984-D, p. 983.

Alfredo H. Rizzo Romano, *Responsabilidad civil de los jueces y funcionarios judiciales. El punto de vista de un juez*, "L.L.", 1995-B, p. 1080.

Juan M. Semón, *La reparación de las víctimas de los errores judiciales*, "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", año XX, n^{os} 2 y 3.

Guido Santiago Tawil, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración pública*, Ed. Depalma, 1989.

Jurado de enjuiciamiento:

Gualberto Lucas Sosa, *La garantía constitucional de la inamovilidad de los jueces y la responsabilidad funcionaria*, "L.L.", 1992-D, p. 978.

CAPÍTULO XIV

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA FEDERAL

1. Principios generales.

Es básico —casi constituye una tautología— que en un sistema federal, el derecho federal, es decir, el que emana de sus órganos, sea interpretado y aplicado por los tribunales de la federación.

El derecho federal tiene, además, supremacía sobre el local, conforme a lo que dispone el art. 31: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y *las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...*”.

Nuestro sistema tiene la particularidad de que el Congreso de la Nación sanciona los denominados códigos de fondo, que en sustancia no son normas federales, dado que —en principio— no regulan temas referidos a los poderes nacionales ni reglan materia interjurisdiccional. Respecto de estos códigos —que el Congreso puede dictar *en cuerpos unificados o separados*, como aclara la reforma de 1994— rige la reserva introducida por la reforma de 1860 en el sentido de que “*no alteran las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales según que las cosas o las personas recaigan bajo las respectivas jurisdicciones*” (art. 75, inc. 12). Es decir que estas leyes son interpretadas en principio por los tribunales locales. Aun antes de la reforma de 1860, Alberdi decía: “Se ve por el tenor de estas atribuciones, que la administración de justicia federal o nacional sólo comprende ciertos objetos de interés para todo el Estado y de ningún modo los asuntos ordinarios de carácter civil, comercial o penal sometidos a sus respectivos tribunales o juzgados provinciales” (nota al art. 97 del Proyecto de Constitución).

La fuente del art. 116 (antes, 100, sin reformas) —como lo son en general las normas que diseñan la organización federal— es la Constitución de Estados Unidos (art. III, sec. 2^a). Por ello, si revisamos las sentencias de las primeras décadas de nuestra Corte Suprema, podremos advertir que la interpretación de la competencia federal se fue estructurando sobre la base de los precedentes de la jurisprudencia de Estados Unidos.

Ya hemos recordado que la competencia federal es de excepción. Esto tiene fundamento en el principio básico de que *“las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal”*. El gobierno de las provincias es la regla y el gobierno nacional la excepción. “Nunca se insistirá demasiado —recuerda Ricardo Haro— en el concepto de que la jurisdicción federal es limitada y de excepción. Sólo penetrándolo es posible comprender la verdadera función que tiene el Poder Judicial de la Nación en el sistema que nos rige” (p. 23). De modo tal que podemos resumir sus objetivos diciendo que ejerce la función de interpretar y aplicar las normas que dicta el gobierno federal, asegura la supremacía del derecho federal sobre el local y entiende sobre las cuestiones en las que directa o indirectamente es parte el Estado federal o en las que están interesados individuos de distintas jurisdicciones. Sobre este último punto volveremos en el párrafo 3, pero creemos oportuno citar la descripción que hace la Corte en uno de sus primeros fallos: “El objeto de la jurisdicción nacional en los casos indicados (se trataba de un ciudadano de la República Oriental del Uruguay) como en todos aquellos en que tiene lugar en razón de las personas, es asegurar a los que se hallen en el caso de pedirla, una justicia libre de toda sospecha de parcialidad; y evitar complicaciones con Estados extranjeros y querellas entre provincia y provincia, que pondrían en peligro la paz y el orden público. Una denegación de justicia, una violación de las leyes contra los derechos de un extranjero, daría lugar a que su gobierno interviniese en su protección y la República toda podría verse en conflictos externos por el hecho de uno solo de sus miembros. Otro tanto sucedería si el injuriado por una provincia fuese el vecino de otra provincia, desde que éstas se encontrasen en pie de una absoluta independencia, sin un tribunal imparcial que decidiese la contienda” (“Avegno c/ Provincia de Buenos Aires”, “Fallos”, 14:425, 1874). Esta opinión unánime de la Corte que firman del Carril y Gorostiaga —padres de la Constitución— aclara el objetivo de conocer en cuestiones interjurisdiccionales, que es una de las características inequívocas de la justicia federal.

La jurisdicción federal, como lo hemos venido diciendo, es de excepción y está impuesta por el propio texto constitucional. En consecuencia, podemos indicar:

a) que no es prorrogable a personas y cosas ajenas a ella, aun cuando las partes convengan su prórroga. Inversamente, en principio, la jurisdicción en razón de las personas puede ser renunciada;

b) las normas aplicables son de orden público, es decir que su aplicación no depende de la voluntad de las partes, y

c) la competencia federal en razón de la materia no puede ser alterada por la voluntad de las partes, dado que la jurisdicción de los tribunales federales excluye a los provinciales.

2. Competencia en razón de la materia.

El concepto básico, es decir, el que en este aspecto fundamenta la competencia de los tribunales federales, es que las pretensiones materia del litigio se basan en forma directa en normas emanadas de los poderes federales. No obstante, debemos reiterar aquí, una vez más, que el Congreso de la Nación dicta también normas locales para la Capital Federal (art. 75, inc. 30) y normas de derecho común (art. 75, inc. 12).

Cuando debe aplicarse una ley federal, el punto es decidido por un tribunal federal. Por tanto, esta competencia es privativa y excluyente, indisponible, improrrogable e irrenunciable. La relación debe ser "directa e inmediata", es decir que la decisión del litigio depende de la interpretación y aplicación de la norma federal.

El art. 116 de la Constitución dispone:

"Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75..."

a) Causas regidas directamente por la Constitución.

La primera parte del art. 116 debe ser entendida en forma significativamente restrictiva. El concepto, como bien lo califica Bielsa, es amplio, vago e impreciso (*Derecho Constitucional*, p. 722). Prácticamente en todo conflicto judicial se plantea un problema en el cual están involucrados principios constitucionales. Debe tratarse, pues, de un caso en el que el derecho alegado

sea *exclusiva y directamente* una cláusula concreta de la Constitución Nacional. Si la alegación de la cláusula constitucional no fuera el fundamento exclusivo y directo, la causa se sustanciará en los tribunales locales, sin perjuicio de la instancia extraordinaria ante la Corte Suprema de Justicia que autoriza el art. 14 de la ley 48.

El tribunal reafirmó en el caso "Strada" (CS, abril 8-986) que los tribunales locales deben "considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución...". En consecuencia, interpretan el ordenamiento jurídico local teniendo en cuenta para ello los principios establecidos en la Constitución.

b) Causas regidas por las leyes de la Nación.

El segundo tipo de causas que enumera el art. 116 son las "*que versen sobre puntos regidos... por las leyes de la Nación...*". Reiteramos que el Congreso, además de las leyes que reglan materia federal, dicta leyes no federales que reglan derecho civil, comercial, penal, de minería o del trabajo y la seguridad social (art. 75, inc. 12), y leyes cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a la Capital Federal (art. 75, inc. 30). Cuando para solucionar la cuestión deban aplicarse normas cuya materia es federal, conocerán los tribunales federales con exclusión de los locales. Es preciso tener en cuenta que cuando existe colisión entre una norma local o de derecho común con una norma federal, en principio es competente la justicia local, sin perjuicio de la procedencia del recurso extraordinario, una vez que se hayan agotado las instancias locales, cuando la decisión haya sido en contra del derecho federal invocado (ley 48, art. 14, inc. 2).

En lo que concierne a las normas del trabajo y de previsión social, cuando ellas se refieren a funcionarios del gobierno federal tienen carácter de federales y deben ser interpretadas por jueces federales. Así por ejemplo, las normas atinentes al personal de las fuerzas armadas y de seguridad.

Desde luego que las causas que estén regidas por derecho administrativo emanado de la Nación o tengan por origen actos administrativos del gobierno nacional también son de competencia federal (ley 48, art. 2, inc. 4).

Una situación especial en cuanto a la materia es la de "*las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima*".

La disposición constitucional fue tomada textualmente del art. III, sec. 2ª, de la Constitución de Estados Unidos, que, a su

vez, la tomó de la legislación de Gran Bretaña. La antigua metrópoli, en su carácter de “reina de los mares”, situación que tenía un fuerte basamento en su condición insular, organizó desde el siglo XV una jurisdicción especial denominada “de almirantazgo” para las causas vinculadas con el comercio marítimo. A partir del siglo XVII, la jurisdicción del almirantazgo fue restringiéndose en favor de los tribunales del “*common law*” y quedó sustancialmente para este tribunal la jurisdicción sobre los hechos ocurridos en alta mar¹. Es por eso que la Constitución de Filadelfia y luego la nuestra ampliaron el concepto a “almirantazgo y jurisdicción marítima”.

La ley 48, que rige la competencia de los tribunales federales, fue elaborada sobre el molde de la *Judiciary Act* de 1789 y tuvo la misma finalidad que ésta, es decir, asegurar la supremacía del derecho federal sobre el derecho local. Pero el marco básico de ambos sistemas en el tema que nos ocupa difería, dado que, en nuestro sistema, la legislación comercial marítima emana del Congreso de la Nación, y en América del Norte es local. La ley de 1799 tenía por objeto uniformar por vía de la jurisprudencia la rama del derecho vinculada con el comercio marítimo. Es así como la ley 48 —siguiendo a sus antecedentes— es minuciosa en la materia. Después de una prolija enumeración², la parte final del inc. 10 del art. 2 dispone: “y en general todo hecho o contrato

¹ Ver G. R. Radcliffe y Geoffry Cross, *The English Legal System*, London, 1937.

² “Los jueces nacionales de sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes:

”7) todas las causas a que den lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra;

”8) las que se originen por choques y averías de buques, o por asaltos hechos o por auxilios prestados en alta mar, o en los puertos, ríos y mares en que la República tiene jurisdicción;

”9) las que se originen entre los propietarios o interesados de un buque, sea sobre su posesión o sobre su propiedad;

”10) las que versen sobre la construcción y reparos de un buque, sobre hipoteca de su casco; sobre fletamiento y estadía; sobre seguros marítimos; sobre salarios de oficiales y marineros; sobre salvamento civil o militar; sobre naufragios; sobre avería simple y gruesa; sobre contratos a la gruesa ventura; sobre pilotaje; sobre embargo de buques y penas por violación de las leyes de impuestos y navegación; sobre la nacionalidad del buque y legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles; sobre arribadas forzosas; sobre reconocimientos; sobre cumplimiento de la obligación del capitán, tripulantes y en general sobre todo hecho o contrato concerniente a la navegación y comercio marítimo”.

concerniente a la navegación y comercio marítimo”, de lo que se infiere que la enumeración no es taxativa. No obstante, la Corte entendió desde sus primeros fallos que la competencia debía restringirse a los casos en los que hubiera un interés interjurisdiccional: “la navegación que se relaciona con el comercio marítimo es la que se hace entre un puerto de la República y otro extranjero o entre las provincias por ríos interiores, declarados libres para todas las banderas por el art. 26 de la Constitución Nacional, sujetos a las autoridades que emanan de ella, y a quienes incumbe la reglamentación del comercio entre diferentes provincias” (“Hughes c/ Dooley”, “Fallos”, 6:400, 1868).

La Ley de Navegación (20.094), que reformó el Libro Tercero del Código de Comercio, aclaró el punto al establecer: “los tribunales federales son competentes para entender en las causas emergentes de la navegación interjurisdiccional o que puedan considerarse anexas a ella”.

El principio general sobre competencia en materia de navegación se trasladó a la navegación aérea. En efecto, el art. 198 del Código Aeronáutico (ley 17.285) dispuso: “Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general y de los delitos que puedan afectarlos”. Es decir que las causas vinculadas directamente con el tránsito aéreo son de competencia federal.

c) Causas regidas por los tratados.

Como hemos visto, la reforma de 1994 ha modificado en forma sustancial el régimen constitucional de los tratados. Conforme al art. 75, inc. 22, se han incorporado ocho tratados y dos declaraciones sobre derechos humanos a la Constitución. Por su parte, todos los tratados internacionales tienen rango superior a las leyes. No obstante, estas reformas no significan cambios sustanciales en lo que se refiere a la competencia federal.

Los tratados internacionales constituyen un caso típico de derecho federal; en consecuencia, el art. 116 establece la competencia de la justicia federal para las causas regidas por este tipo de normas. Como bien lo advierte Bidart Campos, la interpretación del derecho internacional, aun cuando fuera consuetudinario, es de competencia de los tribunales federales. El art. 118 (antes, 102, sin reformas) establece que los delitos *que se hayan cometido fuera del territorio de la Nación contra el derecho de gentes* se

regirán por una ley especial que dictará el Congreso. Esta regla indica que también estos delitos tienen carácter federal.

Las precisiones que hemos hecho en los párrafos anteriores son válidas también para la aplicación e interpretación de los tratados. No obstante, es conveniente hacer las siguientes aclaraciones.

Desde principios de siglo se ha desarrollado lo que se denomina derecho constitucional internacional, es decir un conjunto de normas internacionales que tienen por objeto proteger derechos de los individuos. Entre este tipo de tratados, probablemente los más antiguos sean las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo y los que protegen derechos intelectuales; luego, a partir de la década de 1950 se aprobaron los instrumentos internacionales que constituyen el *derecho internacional de los derechos humanos*. Algunos de estos tratados tienen jerarquía constitucional, el resto tiene rango superior a las leyes de la Nación (art. 75, inc. 22). Ellos ratifican derechos individuales o sociales y algunos establecen garantías de procedimientos. Nos hemos referido con detenimiento a los distintos tipos de cláusulas en el Capítulo II, pero es posible resumir aquellos conceptos diciendo que muchas veces estos tratados tienen cláusulas cuya materia pertenece al derecho común. Por tanto, su interpretación corresponde a los tribunales locales. En caso de que existiera una colisión entre el derecho interno —sea común, local o federal— y el tratado, éste tiene una jerarquía superior y, por lo tanto, debe desplazar a la norma interna que lo contradiga. Si la interpretación, en el caso concreto, diera primacía a la norma interna infraconstitucional sobre el tratado, procede el recurso extraordinario federal, porque existe una lesión a lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, primer párrafo: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Es decir que existe una lesión al orden jerárquico normativo establecido por la Constitución.

3. Competencia en razón de las personas.

De modo semejante a lo que hemos visto en la competencia en función de la materia, la competencia federal en razón de las personas corresponde cuando una de las partes fuera el Estado federal o cuando el conflicto fuera entre personas de distintas jurisdicciones. Las partes pueden renunciar a la competencia de los tribunales federales en forma implícita o expresa.

La renuncia implícita no rige para la Nación; ella, como bien lo recuerda Bidart Campos (*Tratado elemental...*, t. II, p. 403), debe estar prevista por la ley o haber sido expresamente pactada con anterioridad a la litis.

El art. 116 dispone que *corresponde a la Suprema Corte y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión... de los asuntos...*

a) *en los que la Nación sea parte;*

b) *de las causas que se susciten entre dos o más provincias;*

c) *entre una provincia y los vecinos de otra;*

d) *entre los vecinos de diferentes provincias;*

e) *entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.*

Pero, conforme al art. 117, en los casos en que una provincia sea parte, la Corte Suprema ejercerá su competencia en forma originaria, siguiendo las pautas que veremos *infra*.

Tenemos que tener en cuenta que en los juicios en que la Nación es parte, ésta se justifica por su carácter de ente federal y, por lo tanto, se refiere a las causas en que ésta sea parte directamente o en forma indirecta, por tratarse de organismos centralizados o descentralizados, entidades autárquicas o empresas del Estado. En los otros casos debe darse la característica interjurisdiccional, es decir que las personas sean de distintas jurisdicciones.

Cuando hablemos de la competencia originaria de la Corte nos referiremos al fuero federal que corresponde a los embajadores y ministros plenipotenciarios, pero son los jueces federales ordinarios los que entienden en las causas que “versen sobre negocios particulares de un cónsul o vicedcónsul extranjero” (ley 48, art. 2, inc. 3).

a) Causas en que la Nación sea parte.

Reiteramos que la justicia federal es competente cuando existe un interés federal concreto. Es inequívoco, entonces, que debe serlo cuando la Nación, es decir, el Estado federal, es parte, así como son competentes los tribunales de provincia respecto de los actos de orden interno de éstas o cuando los litigios se entablan entre una provincia y sus vecinos.

Al tratar este tema debemos subrayar que el antiguo debate acerca de la demandabilidad del Estado ha perdido hoy sustancia. Es claro que el Estado, como toda otra persona individual o colectiva, tiene que estar sujeta a las normas jurídicas; su ac-

tuación está regulada por la ley y, por lo tanto, sometida a las decisiones de los tribunales.

Desde luego que es preciso distinguir entre la posibilidad de demandar al Estado y la ejecución de las sentencias contra el Estado.

El art. 7 de la ley 3952, de demandas contra la Nación, dispone que “las decisiones que se pronuncien... cuando sean condenatorias contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda”.

No obstante, la jurisprudencia —a partir del caso “Pietranera” (CS, septiembre 7-966, “L.L.”, 123-802)— había hecho una interesante evolución. En ese caso, que trataba de un desalojo, se admitió la viabilidad de la intimación al Estado para que dentro de un plazo perentorio manifestara la fecha en que desocuparía el inmueble bajo apercibimiento de fijarla judicialmente. En “Loireille c/ I.A.P.I.” (“Fallos”, 295:427), la Corte admitió la ejecución de honorarios sobre fondos embargados por considerar que en el caso no existían los presupuestos que justifican el carácter declarativo de las sentencias contra el Estado.

Los fundamentos, en virtud de lo afirmado por la doctrina y de lo dispuesto por la jurisprudencia, son de tres tipos:

a) evitar colocar a la administración en situación de no poder satisfacer el requerimiento judicial por no tener fondos previstos en el presupuesto;

b) perturbar la marcha normal de la administración;

c) perturbar la prestación de un servicio.

Es claro que el carácter declarativo no puede significar una suerte de autorización al Estado para que no cumpla las sentencias.

En la última década, éstas han generado un enorme pasivo interno, por lo que tanto el Poder Ejecutivo, por medio de decretos de necesidad y urgencia, como el Congreso dispusieron diversas medidas cuyo objeto fue evitar la ejecución. El último intento es la ley 23.982, de consolidación de deudas, que en breve síntesis dispone que las sentencias, los actos administrativos firmes, los acuerdos transaccionales y los laudos arbitrales que reconozcan obligaciones a cargo del Estado nacional o de la administración pública centralizada o descentralizada tendrán carácter meramente declarativo y se pagarán cuando el Congreso de la Nación asigne anualmente los recursos para ello.

También la ley de solidaridad previsional y el decreto de necesidad y urgencia 2302/95 han dispuesto en los hechos la

paralización de todos los reclamos administrativos y judiciales iniciados por los jubilados.

b) Competencia por distinta vecindad.

El art. 116 de la Constitución establece la competencia federal para las causas que se susciten entre los vecinos de diferentes provincias, y entre éstos y un ciudadano extranjero. Se ha discutido la utilidad de estas inclusiones calificadas como anacrónicas, lo que siempre será opinable, pero es inequívoco que ellas responden a la característica interjurisdiccional que tiene el fuero federal.

El primer interrogante que debemos despejar es qué se entiende por vecindad. Está definido en el art. 11 de la ley 48: "La vecindad de una provincia se adquirirá, para los efectos del fuero, por la residencia continua de dos años, o por tener en ella propiedades raíces, o un establecimiento de industria o de comercio, o por hallarse establecido de modo que aparezca el ánimo de permanecer...".

La ley 1893 aclaró que el concepto de vecindad de una provincia era extensivo a los vecinos de la Capital Federal y que corresponden a la justicia federal las causas civiles entre vecinos de la Capital y los de las provincias. El criterio tiene claro sustento a partir del régimen para la ciudad de Buenos Aires que diseña la reforma de 1994.

Es un principio del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación aplicable al fuero federal que quien en razón de la vecindad quiera prevalecerse de éste, deberá presentar con la demanda o contestación documentos o informaciones que acrediten aquella circunstancia.

La ley 48 (art. 2, inc. 2) aclara que el fuero en razón de la vecindad se refiere a las causas civiles. De ello se infiere que no corresponde el fuero federal cuando la materia sea administrativa, que por naturaleza es local, o cuando predomine la aplicación de normas locales. Tampoco en las causas penales, en las que en rigor no es correcto referirse a distintas partes, es decir que no serían causas "entre" vecinos de distintas jurisdicciones. Tampoco corresponde el fuero federal cuando ambas partes sean extranjeros, aunque fueran vecinos de distintas provincias, por no estar directamente comprendidos en el art. 116.

Podemos señalar que la Constitución de 1853 no establecía la competencia federal para las causas entre un argentino y un ciudadano extranjero. Tampoco estaba en el Proyecto de Alberdi.

Fue introducida en la reforma de 1860 para garantizar que los litigios entre extranjeros y argentinos fueran dirimidos por los jueces designados por el gobierno de la Nación y no por los locales.

La competencia federal por distinta nacionalidad ha sido otorgada como un privilegio en favor de los extranjeros, por lo que no puede ser invocada por los nacionales cuando litigan contra aquéllos. La Corte ha establecido desde sus primeros fallos el principio de que “el argentino demandado no puede declinar su propia jurisdicción” (CS, marzo 8-894, “Fallos”, 55:135).

4. Competencia en materia penal.

Los mismos principios generales a los que nos hemos referido determinan la competencia de los jueces federales en materia penal, que puede ser en razón del lugar o en razón de las personas.

En razón del lugar, son de competencia de los jueces federales los delitos cometidos en alta mar a bordo de buques nacionales y los delitos cometidos en aguas, islas o puertos argentinos. También son de competencia federal los delitos que se cometan en lugares o establecimientos donde el gobierno nacional tenga absoluta o exclusiva jurisdicción (ley 48, art. 3, incs. 1 y 2; Código Procesal Penal de la Nación, art. 33, incs. *a*, *b*, y *d*). Asimismo, los delitos cometidos en aeronaves, aunque fueran privadas, sobre territorio argentino, sus aguas jurisdiccionales o donde ningún Estado ejerza soberanía (art. 199, Código Aeronáutico, ley 17.285).

En razón de la materia son de competencia federal “los crímenes cometidos... en violación de las leyes nacionales como son todos aquellos que:

”*a*) ofendan la soberanía o seguridad de la Nación o;

”*b*) tiendan a la defraudación de sus rentas u;

”*c*) obstruyan o corrompan el buen servicio de sus empleados o;

”*d*) violenten o estorben la correspondencia de los correos o;

”*e*) estorben o falseen las elecciones nacionales o;

”*f*) representen la falsificación de documentos nacionales o de moneda nacional, o de billetes de bancos autorizados por el Congreso” (ley 48, art. 3, inc. 3; Código Procesal Penal de la Nación, art. 33, inc. *c*).

El principio general es que en esta materia debe estarse por la amplitud de la competencia federal. La Corte, en el caso “Azerrad” (CS, junio 16-993, “L.L.”, 1993-E-202), estableció que “cuando se cometan delitos que pueden afectar la seguridad del

Estado o de alguna de sus instituciones las causas deben tramitar en primer lugar ante la justicia federal sin perjuicio de la competencia ordinaria en los casos que del conocimiento hecho en primer lugar por la justicia federal revele inequívoca y fehacientemente que los hechos tienen motivación particular y que no existe posibilidad de que sea afectada, directa o indirectamente la seguridad del Estado nacional o de alguna de sus instituciones”.

La ley 20.661 sometió diversos delitos, que en esencia son comunes, a la jurisdicción federal. Éstos fueron: algunas de las formas de privación ilegal de la libertad y el secuestro (art. 142 bis del Cód. Penal), el de amenazas (art. 149 ter), el de extorsión agravada (art. 170), el de daño agravado (art. 189 bis), el de incitación a la violencia (art. 212) y de asociación ilícita para realizar atentados contra el orden público (art. 213 bis). La ley 23.737 declaró de competencia federal a los delitos de tenencia, uso y tráfico de estupefacientes.

La competencia penal federal en razón de las personas corresponde siempre que el delito afecte a la Nación por intermedio de un funcionario por el hecho y en desempeño de su cargo, o a sus reparticiones centralizadas o descentralizadas o a una entidad pública interprovincial, sin perjuicio de la competencia originaria de la Corte Suprema.

a) La jurisdicción extraterritorial. Artículo 118 de la Constitución.

La primera parte del art. 118 de la Constitución (antes 102, sin modificaciones) se refiere al establecimiento del juicio por jurados y expresa: “Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución ... La actuación en estos juicios —continúa— se hará en la misma provincia donde su hubiere cometido el delito...”. Es decir que por una parte se ratifica la jurisdicción del lugar donde se cometió el delito y por la otra se establece el carácter local del juicio por jurados. Por eso es que se excluyen aquellos delitos cuyo conocimiento deriva del juicio político, que se consideran *prima facie* de competencia federal.

El segundo párrafo fija la excepción a la competencia local y establece la extraterritorialidad de la jurisdicción: “...pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

Esta cláusula, como decíamos, tiene dos objetivos: el primero, como bien lo señala Joaquín V. González, es limitar la competencia de los jurados provinciales: “Como los Poderes Federales han sido encargados de todos los asuntos que pueden afectar o comprometer las relaciones exteriores —advierte— sólo el Congreso tiene la facultad de distribuir la jurisdicción apelada de la justicia nacional” (pág. 627). El segundo es subrayar la extraterritorialidad de la jurisdicción cuando se trate de delitos cometidos contra el derecho de gentes. Los principios del derecho internacional consuetudinario integran el derecho federal y por eso la Constitución estableció la regla de que estos delitos sólo podían ser juzgados por los tribunales de la Nación.

Debemos entender que esta cláusula de la Constitución es directamente operativa. Puede sostenerse que el Congreso no ha dictado aún la *ley especial* que menciona, pero lo que es irrefutable es que la justicia penal federal tiene pautas acabadas de organización y procedimiento a través de la ley 48, el dec.-ley 1285/58 y sus modificatorias, y éstas son las leyes aplicables.

Considero que el antecedente de la norma de nuestra Constitución es el artículo referente a *Delitos contra los Extranjeros* que forma parte de la *Judiciary Act* de 1789, que dice:

“*Los tribunales de distrito tendrán competencia originaria en las demandas por los ilícitos que se cometan en violación del derecho de gentes (law of nations) o de un tratado de los Estados Unidos*”.

Es reconocido por la doctrina que la *Judiciary Act* de 1789 fue el antecedente inmediato de la ley 48 de Organización de la Justicia Federal (sancionada en octubre de 1863). En consecuencia, fue conocida por los hombres que forjaron la Constitución de 1853 (Vanossi, pág. 42).

La norma de la *Judiciary Act* fue alegada muy pocas veces en los Estados Unidos, así como en la práctica tampoco se ha aplicado hasta ahora el art. 118 de la Constitución Nacional. La sentencia del Tribunal de Distrito que comentaremos luego citó sólo una decisión de 1795, en la que sirvió de fundamento para determinar problemas vinculados con la trata de esclavos encontrados a bordo de un buque extranjero. Su interpretación actualizada fue hecha con extensión por el Tribunal Federal del Segundo Distrito de EE.UU. en el caso “*Filartiga v/Pena Irala*” (United States District Court-Second District, junio 30-1980).

En aquellos autos, dos ciudadanos paraguayos denunciaron ante los tribunales a un ex agente de policía paraguayo por haber ocasionado, en Paraguay, la muerte por torturas de su hermano

Joelito Filartiga. El acusado Pena Irala vivía en Estados Unidos y había sido arrestado por haber continuado su residencia con la visa vencida.

Los querellantes reclamaron la jurisdicción de Estados Unidos con fundamento en la norma de la *Judiciary Act*. El tribunal aceptó su jurisdicción expresando que se trataba de su interpretación del *moderno derecho internacional*. Sostuvo que materias que antes se consideraban como de jurisdicción interna pueden, con el tiempo, transformarse en nuevas reglas del derecho internacional consuetudinario. Así ha ocurrido —afirmó— con la tortura oficial; su prohibición es hoy parte de la costumbre internacional, del mismo modo que la piratería y el tráfico de esclavos estaban prohibidos antiguamente.

“Los tribunales —señaló la sentencia— deben interpretar la ley internacional no como era en 1789, sino como ha evolucionado y existe hoy entre las naciones del mundo” (pág. 881). Recordó que “la ley de las naciones puede deducirse consultando el trabajo de los juristas, que se refieren expresamente al derecho público o los usos y prácticas de las naciones; o las decisiones judiciales que establecen el derecho vigente”. Después de citar abundante doctrina, recordar que la tortura está implícita o explícitamente prohibida en todas las constituciones de Occidente y citar jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, concluyó que “todas estas circunstancias y fuentes nos llevan a la convicción de que la tortura oficial está hoy prohibida por la ley de las naciones. La prohibición es clara e inequívoca y no admite diferencias entre el trato a los extranjeros y a los ciudadanos”. Agregando que “en esta era moderna el trato de los Estados a sus propios ciudadanos es un problema de preocupación internacional”.

Me parece de interés recordar las afirmaciones acerca de la competencia de los jueces de EE.UU., que había sido impugnada por los acusados.

“Los tribunales de competencia general en materias del *common law* —sostuvo— conocen en forma ordinaria acerca de las demandas entre los individuos bajo su jurisdicción, cualquiera que sea el lugar donde ocurrió el daño. Además, como parte de un esquema articulado de control federal sobre asuntos exteriores, el Congreso estableció en la *Judiciary Act* de 1789 la jurisdicción federal en las demandas instauradas por extranjeros cuando estuvieran en juego principios del derecho internacional. El fundamento constitucional de la Ley de Ilícitos contra Extranjeros es el derecho de las naciones que ha sido siempre parte del

common law federal ... No es un hecho extraordinario que un tribunal juzgue un ilícito que ocurrió fuera de su jurisdicción. La Nación o el Estado tienen un legítimo interés en la resolución ordenada de las disputas que se sustancien dentro de sus límites. Y cuando se aplica la regla *lex loci delicti commissi*, es una expresión de cortesía para considerar aplicables las leyes de la nación donde el hecho ocurrió”.

La interpretación que hizo el Tribunal de Distrito de la regla de la *Judiciary Act* —que tiene el mismo sentido que nuestro artículo 118— nos lleva a la conclusión de que la Constitución concede a nuestra justicia federal competencia extraterritorial para juzgar los delitos cometidos contra el *derecho de gentes* y es obligación del gobierno federal defender esa competencia establecida en 1853 que constituye uno de los atributos del Estado.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Principios generales:

Jorge Reinaldo Vanossi, *Recurso Extraordinario Federal*, Ed. Universidad, Bs. As., 1984.

Germán Bidart Campos, *La jurisdicción federal*, “E.D.”, 18-511.

Ricardo Haro, *La Competencia Federal*, Ed. Depalma, 1989.

Competencia en razón de la materia:

José Domingo Ray, *El concepto de derecho de la navegación y la competencia federal*, “L.L.”, 1981-B, p. 289.

Juan Fernando Segovia, *Competencia de la Corte Suprema en causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución, las leyes de la Nación y los tratados con las potencias extranjeras*, en Pérez Guilhou, *El Poder Judicial* cit., p. 225.

Causas en que la Nación sea parte:

Pedro Aberastury (h.), *Consolidación de deudas del Estado*, Ed. Abeledo-Perrot, 1993.

Rodolfo Carlos Barra, *La inconstitucionalidad del decreto 679/88*, “L.L.”, 1988-D, p. 1184.

Marcelo Fernando Sanoner, *Legitimación para ejecutar créditos contra el Estado*, “L.L.”, 1994-E, p. 278.

Guido Santiago Tawil, *El decreto 679/88 y la ejecución de sentencias condenatorias contra la Nación*, “L.L.”, 1988-D, p. 932.

CAPÍTULO XV

COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A) CONCEPTOS GENERALES

Como hemos visto, el art. 116 establece los casos de competencia de la justicia federal cuya cabeza es la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A su vez, el art. 117 determina las causas que la Constitución ha reservado para exclusivo juzgamiento de ese tribunal, lo que se denomina competencia originaria y exclusiva. Tal tratamiento ha sido instituido como excepción en virtud de la calidad de las partes: las provincias y los miembros de las representaciones diplomáticas extranjeras. Se siguió, como en los otros temas referentes a la organización de la justicia federal, el modelo de la Constitución de Filadelfia. En algunos casos, como en las cuestiones concernientes a los diplomáticos, hoy parecería un anacronismo, pues la competencia federal debe implicar suficiente garantía.

La Corte Suprema puede ejercer, entonces, su competencia ya sea en forma originaria y exclusiva, o por apelación en su carácter de cabeza del Poder Judicial de la Nación. Al mismo tiempo, en la competencia apelada podemos distinguir entre la competencia apelada ordinaria y la extraordinaria.

Por medio de la apelación ordinaria la Corte no actúa como una instancia de excepción, sino que se comporta como una tercera instancia del fuero federal.

Por la vía del recurso extraordinario, como lo veremos con más detenimiento en el párrafo D, la Corte ejerce el control de constitucionalidad de las decisiones judiciales de todos los jueces del país, sean federales o provinciales. De ese modo, desempeña el papel de órgano supremo del contralor de la legalidad constitucional y custodio de las garantías individuales. En esta instancia, su margen de conocimiento está limitado a la dilucidación del derecho aplicable, lo que constituye una distinción con la competencia ape-

lada ordinaria, en la cual el conocimiento es pleno y se refiere tanto a cuestiones de hecho como de derecho.

B) COMPETENCIA ORIGINARIA

Como dijimos, la competencia originaria se refiere a las personas. La Constitución la imputa en dos tipos de causas:

- a) aquellas en las que una provincia sea parte;
- b) las concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros.

1. Competencia cuando es parte una provincia.

A su vez, el art. 24 del dec.-ley 1285/58 reglamenta la primera parte de esta competencia de la siguiente manera:

- a) en todos los asuntos que versen entre dos o más provincias;
- b) en las causas civiles entre una provincia y algún vecino o vecino de otra;
- c) en las causas civiles entre una provincia y ciudadanos o súbditos extranjeros;
- d) en las causas entre una provincia y un Estado extranjero;

1. La competencia atribuida en los *asuntos que versen entre dos o más provincias* no merita comentarios. Constituye una garantía adicional del Estado federal a las provincias.

Creemos que es oportuno señalar que aunque el caso no está previsto en los arts. 116 y 117, corresponde también la competencia originaria de la Corte cuando la causa fuera entre una provincia y la ciudad de Buenos Aires.

El art. 129 de la Constitución dispone que ésta “*tendrá un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción...*”. Si bien técnicamente la ciudad no constituye una provincia, es claro que las causas en que sean parte la ciudad y una provincia no pueden ser resueltas por un tribunal local, y debe intervenir un órgano federal que garantice la imparcialidad.

Concluimos, por tanto, que estas causas deben ser de competencia originaria de la Corte, aun cuando el caso esté regido por derecho local.

2. En lo que se refiere a las causas civiles entre una provincia y algún vecino o vecino de otras, reiteramos lo expuesto en el punto 3, b, del Capítulo anterior sobre los requisitos para ser considerado vecino.

El art. 24 del dec. 1285/58 enumera quiénes deben considerarse vecinos: a) las personas físicas domiciliadas en el país desde dos o más años antes de la iniciación de la demanda, cualquiera sea su nacionalidad; b) las personas jurídicas de derecho público del país; c) las sociedades y asociaciones sin personería jurídica cuando la totalidad de sus miembros se halle en la situación del apartado a.

Recordamos lo que expusimos en el punto 3, b, acerca del concepto de causas civiles. Es pertinente reiterar que no tramitan ante la jurisdicción federal las causas en las que se aplique preponderantemente derecho local. Esto, aun cuando se verifique distinta vecindad, salvo que intervengan en el juicio dos personas que de suyo deben ser juzgadas por los tribunales federales. La Corte ha declinado ejercer su jurisdicción originaria en estos casos. La jurisprudencia reiterada de la Corte en este sentido ha generado las críticas de Germán Bidart Campos, quien ha señalado que una competencia en razón de las personas se ha convertido por vía de interpretación en una competencia por razón de la materia (*Tratado Elemental...*, t. II, p. 452).

Una situación especial dentro de la jurisdicción originaria es la que se refiere a la expropiación. La Corte Suprema, hasta la década de 1980, sostuvo en forma pacífica y reiterada que era de derecho público local todo lo atinente a la calificación de utilidad pública y potestad estatal para realizar el acto, pero que era de derecho común lo referente al monto expropiatorio y, por tanto, el litigio sobre este tema abraja la competencia originaria. En 1986 modificó su jurisprudencia en el caso "Provincia de Buenos Aires c/ Aubert Arnaud" (CS, diciembre 19-1986) y decidió que "dada la inserción integral dentro del derecho público local de la acción expropiatoria, regida por leyes que cada provincia sanciona en ejercicio de sus poderes no delegados", no constituye causa civil y, por lo tanto, no habilita la competencia originaria de la Corte.

En el concepto de vecinos de otra provincia deben comprenderse, desde luego, las municipalidades de otras provincias y los entes centralizados y descentralizados.

También debemos aclarar que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema para que se habilite la competencia originaria, debe ser parte directa una provincia y no es suficiente que lo sea un ente descentralizado provincial.

3. En lo que se refiere a las causas civiles entre una provincia y ciudadanos o súbditos extranjeros, debemos recordar que toda causa en la que interviene un extranjero suscita jurisdicción federal. Cuando es parte directa una provincia, la jurisdicción es la originaria de la Corte. Esto, con independencia de la vecindad

del extranjero. Es decir que corresponde la competencia que estamos estudiando aunque el extranjero se domicilie en la provincia que es su contraparte.

La competencia originaria en las causas entre una provincia y un Estado extranjero tampoco ofrece dudas. Debemos anotar que, aunque el dec. 1285/58 no lo señala, es indiscutible la competencia originaria cuando la causa se trabe entre una provincia y la Nación en el sentido amplio que hemos visto en el punto 3, *a*. Reiteramos, para que sea procedente la competencia originaria de la Corte debe ser parte directa una provincia.

Si se da ese presupuesto, desde luego que corresponde la competencia originaria cuando la contraparte sea la Nación o uno de sus entes centralizados o descentralizados.

2. Competencia cuando son parte los diplomáticos extranjeros o los cónsules.

a) Personal diplomático.

El art. 24 del dec.-ley 1285/58 reglamenta la competencia originaria en “los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros”, disponiendo que “son causas concernientes a embajadores o ministros plenipotenciarios extranjeros:

—las que les afecten directamente por debatirse en ellas derechos que les asisten o porque comprometan su responsabilidad y las que en la misma forma afecten a las personas de su familia,

—o al personal de la embajada o legación que tengan carácter diplomático.

Es decir que la norma reglamentaria amplía el concepto de embajadores y ministros plenipotenciarios a todo el personal que tenga carácter diplomático.

En lo que respecta a las familias, la norma reglamentaria las asimila sólo en su primera parte, por lo que debe interpretarse que únicamente corresponde la competencia originaria a las familias de los embajadores y ministros plenipotenciarios. La Corte Suprema ha aclarado este extremo en forma reiterada (“Fallos”, 238:196 y sus citas).

En el tema que nos ocupa hay que advertir —seguimos en este punto a Alberto Bianchi (p. 330)— que, tanto en el caso de la competencia originaria referente a las provincias como en la que corresponde a los diplomáticos, estamos en presencia de una

competencia establecida estrictamente en razón de las personas intervinientes. Pero en el caso de los diplomáticos extranjeros este elemento personal es mucho más relevante.

Cuando una provincia es parte, su intervención en forma *directa* en el pleito es indispensable a los efectos de la apertura de la jurisdicción originaria ante la Corte. Pero, existen determinados tipos de causas que no obstante quedan excluidas, como, por ejemplo, aquellas en las que se discuten cuestiones vinculadas exclusivamente con el derecho local o en las que, si bien está presente una cuestión civil o federal, la solución del pleito depende de la interpretación de cuestiones de derecho local. En esto está en juego el principio de que las provincias no han delegado en el gobierno nacional la interpretación de su derecho local.

En el caso de los diplomáticos extranjeros la solución es distinta. No importa, en principio, el derecho que debe ser aplicado, que puede ser civil o federal e inclusive penal. Lo único que se tiene en cuenta es si las personas son parte directamente en el pleito, conforme al art. 117 de la Constitución y su norma reglamentaria, el art. 24, inc. 1, del dec. 1285/58. Esto, ha dicho la Corte, “responde a motivos de convivencia internacional, a la necesidad de preservar el respeto y la mutua consideración entre los Estados, asegurando para sus representantes diplomáticos las máximas garantías que, con arreglo a la práctica uniforme de las naciones debe reconocérseles para el más eficaz ejercicio de sus funciones” (“Martínez, Enrique c/ Ramos, José Ignacio”, “Fallos”, 284:28, 1972).

b) Inmunidad jurisdiccional de los diplomáticos extranjeros.

Los diplomáticos son funcionarios extranjeros que residen en nuestro país y que como corolario de la igualdad jurídica entre los Estados están en principio eximidos de comparecer ante sus tribunales, salvo que el Estado al cual representan preste expresamente su conformidad para ello.

El art. 24, inc. 1, último párrafo, del dec. 1285/58 dispone: “No se dará curso a las acciones contra las personas mencionadas en el punto anterior sin requerirse previamente del respectivo embajador o ministro plenipotenciario la conformidad de su gobierno para someterlas a juicio”. La conformidad debe ser expresa (“Fallos”, 257:328) y debe ser solicitada tanto en las cuestiones civiles como en las penales.

Consideramos que cuando el daño es de origen extracontractual la solución legal es injusta. Dado que el Estado nacional es quien, a través de su legislación, permite la inmunidad de los diplomáticos extranjeros, será éste en definitiva el que deberá indemnizar el daño causado. En el caso de daño contractual, en cambio, sería aplicable la regla de que quien voluntariamente se sometió a un determinado régimen jurídico al contratar con el diplomático extranjero, no puede luego impugnar su validez.

Debemos recordar que, en virtud de jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte, las causas referidas al gobierno que el diplomático representa no corresponden al ámbito de la competencia originaria (CS, julio 28-994, "Supanichky c/ Embajada de Israel", "L.L.", 1995-A-191 y la jurisprudencia que cita). Esto está vinculado con el presupuesto que también vimos al referirnos al tema de las provincias, acerca de que el diplomático debe estar *directa y personalmente* vinculado con la causa, ya sea con ocasión de la función o por razones ajenas a ella. En las causas civiles debe ser demandado o demandante y en las penales querellante o procesado, lo que pone en evidencia el carácter sustancialmente personal de la jurisdicción.

c) Cónsules.

El caso de los cónsules es distinto, en principio, porque ellos no gozan de la inmunidad de los diplomáticos.

Por su parte, el art. 24 del dec. 1285/58 dispone en el art. 1, inc. 1, que la Corte conoce originariamente en "las causas que versen sobre privilegios y exenciones de los cónsules extranjeros en su carácter público", aclarando en el apartado *d* que "son causas concernientes a los cónsules extranjeros las seguidas por *hechos o actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones* siempre que en ellas se cuestione su responsabilidad civil o criminal".

Es decir que, contrariamente a lo que ocurre con los diplomáticos, para que surja la jurisdicción de excepción debe haber una vinculación directa del hecho con el ejercicio de la función.

C) APELACIÓN ORDINARIA

La Corte Suprema puede ejercer su competencia también como un órgano ordinario de apelación en tercera instancia respecto de las sentencias definitivas de las Cámaras Federales o Nacionales de la Capital Federal. Esta apelación ordinaria es

plena y no está restringida a la revisión de cuestiones de derecho como ocurre con el recurso extraordinario.

El art. 24 del dec. 1285/58 enumera tres casos:

1) Causas en las que la Nación, directa o indirectamente, sea parte, y el monto del pleito supere el valor que establece la ley. El monto equivale aproximadamente a unos cien mil pesos. Incluye el capital y no los intereses que se devenguen. Debe ser parte la Nación o uno de sus entes centralizados o descentralizados, cualquiera que sea la forma jurídica que hayan adoptado.

2) Los pedidos de extradición de criminales reclamados por países extranjeros también son decididos en última instancia por la Corte Suprema. El incidente de extradición no es un verdadero juicio, dado que no prejuzga sobre la culpabilidad o inocencia de la persona cuya extradición se solicita. La Corte, como cabeza del Poder Judicial federal, interviene como tribunal de tercera instancia para asegurar el cumplimiento de los requisitos de la legislación interna y de los tratados internacionales que rigen la materia. También protege a los nacionales, evitando que sean juzgados en el extranjero cuando pueden serlo ante los tribunales de la República.

3) El inc. 6, c, del art. 24 del dec. 1285/58 dispone también que la Corte Suprema entenderá como tribunal de tercera instancia en tres casos vinculados con el derecho marítimo:

a) las que dieren lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra;

b) las causas vinculadas con salvamento militar, y

c) las referentes a la nacionalidad de los buques, legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles.

D) COMPETENCIA EXTRAORDINARIA

1. Principios generales.

El eje de la competencia extraordinaria de la Corte Suprema consiste —como bien lo advierte Vanossi— en la determinación de la existencia de *cuestión federal*. La Corte ejerce su jurisdicción por la vía del recurso extraordinario en los casos y con las excepciones que determina la ley 48, pero es fundamentalmente el propio tribunal el que al determinar la índole y naturaleza de la cuestión fija en definitiva las fronteras de su propia competencia.

El origen de la expresión *cuestión federal* está, como ya lo adelantáramos, en la *Judiciary Act* de Estados Unidos. Sus ob-

jetivos eran los mismos: preservar el sistema federal y la supremacía del derecho federal sobre el local. La Corte debía vigilar los límites de las competencias federal y local de forma que el poder nacional no desbordara en detrimento de las provincias y éstas no lo hicieran en detrimento del poder central.

El otro aspecto de la cuestión radica en el control de constitucionalidad. Todas las normas, sean federales o locales, deben de estar de acuerdo con la norma fundamental. Este aspecto no había quedado determinado en la Constitución de Filadelfia, pero la laguna fue cubierta por la Suprema Corte sobre todo a partir del clásico caso “*Marbury v/ Madison*” de 1803.

Es decir que el recurso extraordinario tiene dos objetivos específicos: garantizar la supremacía del derecho federal sobre el local y asegurar la supremacía de la Constitución —cúspide del derecho federal— sobre todo el ordenamiento. Vinculado con este último punto está el objetivo de que se respete el sistema de jerarquía de las normas federales, dado que en nuestro sistema las leyes y los tratados deben estar de acuerdo con la Constitución (arts. 28 y 27), los tratados tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22) y los decretos reglamentarios deben estar de conformidad con las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 96, inc. 2). Es decir que, más allá de disquisiciones semánticas, el recurso extraordinario siempre involucra un problema de constitucionalidad, dado que la Constitución está en el vértice del sistema normativo federal.

Lo mismo ocurre con el recurso por arbitrariedad de sentencia, dado que la sentencia arbitraria —como veremos luego con mayor amplitud— es inconstitucional porque implica una lesión a la garantía de la defensa en juicio de la persona y sus derechos que consagra el art. 18 de la Constitución.

Dado que el recurso extraordinario tiene por objeto asegurar la supremacía *del derecho* federal, en principio están excluidas de su ámbito las cuestiones que impliquen revisar las conclusiones *de hecho y de prueba* a que arribaron los jueces de la causa. Un caso típico, por ejemplo, es el concerniente a si la ayuda económica del convocado a prestar el servicio militar es o no indispensable para la subsistencia de sus padres (“Fallos”, 258:287 y sus citas). Asimismo, la Corte Suprema se ha negado hasta hoy a conocer acerca de la valoración del material calificado como obsceno, que configura el delito reprimido por el art. 128 del Código Penal, por entender que el tema remite a consideraciones de hecho y prueba (“Musotto”, CS, septiembre 29-987).

2. Sentencia definitiva.

El art. 14 de la ley 48 comienza diciendo:

“Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las *sentencias definitivas* pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes...”.

A su vez, la ley 4055 aclara que “la Corte conocerá en grado de apelación de las sentencias definitivas pronunciadas por las cámaras federales de apelaciones y por las cámaras de apelación de la Capital...”.

En forma indirecta, el art. 257 del Código de Procedimientos amplía el concepto cuando permite que el recurso sea interpuesto “ante el juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva...”, lo que implica que éste es también procedente respecto de decisiones administrativas.

En principio, a los efectos del recurso extraordinario y en virtud de lo que ha establecido la Corte Suprema, es sentencia definitiva la que *pone fin a la cuestión debatida en forma tal que ésta no pueda renovarse* (“David Brailowsky”, “Fallos”, 244:279).

No obstante, la Corte ha superado en algunos casos el rigor formalista y ha decidido que deben equipararse a sentencias definitivas aquellas que *causen un gravamen irreparable de imposible o insuficiente reparación ulterior*, como podrían ser los autos interlocutorios que impiden la continuación del proceso, las sentencias de apremio (“Fallos”, 264:19), las que ordenan la paralización de la ejecución de la sentencia de desalojo (“Nadur c/ Borelli”, “Fallos”, 242:29), la reapertura de un proceso criminal terminado con sentencia firme (“Fallos”, 258:220), la que admite la excepción de cosa juzgada (“Banco Francés e Italiano”, “Fallos”, 189:205, 1941).

La Corte, desde sus primeros fallos, ha admitido también el recurso extraordinario contra la resolución definitiva de una autoridad provincial que niega dar trámite a un exhorto de otra jurisdicción (“Fallos”, 72:251, 1898) o respecto de autos que denieguen el fuero federal (“Fallos”, 74:132, 1898).

a) Sentencia definitiva en los recursos de amparo.

Ante la amplitud y las nuevas características que el art. 43 de la Constitución confiere al amparo, parece conveniente

preguntarse si las sentencias dictadas en este tipo de acciones pueden ser equiparadas a sentencia definitiva, dado que el amparo, como lo ha dicho reiteradamente la Corte, "es un proceso reservado para aquellas situaciones extremas en las que la carencia de otras vías legales aptas para zanjarlas puede afectar derechos constitucionales" ("Fallos", 312:357).

El tribunal ha distinguido dos situaciones. Cuando la sentencia admite el recurso de amparo, y declara, por consiguiente, que el acto cuestionado adolece de manifiesta arbitrariedad, la Corte declara admisible el recurso extraordinario. Entre otros ejemplos, podemos citar el del conocido caso "Arenzon" ("Fallos", 306:400), en el que la Corte confirmó la sentencia basada en una acción de amparo que declaró la arbitrariedad de la resolución del Ministerio de Educación que exigía una estatura mínima para los aspirantes al profesorado de matemática y astronomía.

Por el contrario, en los casos de sentencias en las que se rechaza el amparo, la Corte, para la admisibilidad del recurso, requiere la demostración de que el agravio causado sea de imposible o insuficiente reparación ulterior ("País Ahumada y otros", CS, abril 9-985, "L.L.", 1985-C-424).

3. Tribunal superior de la causa.

Tanto la ley 48 como la 4055 subordinan la admisibilidad del recurso extraordinario a que la "sentencia definitiva" impugnada fuera dictada por los "tribunales superiores de provincia" (ley 48), o por las "cámaras federales de apelación, por las cámaras de apelación de la Capital Federal, y por los superiores tribunales de provincia" (ley 4055). A su vez, el art. 257 del Código Procesal dispone que el recurso debe ser interpuesto "ante el juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva". Por lo que debe entenderse que el concepto de "tribunal superior de la causa" se refiere al "órgano judicial cuya resolución sobre la cuestión federal debatida en el juicio es insusceptible de ser revisada por otro órgano dentro de la respectiva organización local" (Palacio, p. 95) y también a los órganos administrativos. Por tanto, pueden revestir calidad de "tribunal superior" órganos de distinto grado o jerarquía, según las vías recursivas que autorice la organización local de la justicia. Antes de la modificación operada por la ley 22.935, la Policía Federal revestía la calidad de superior tribunal en el caso de las decisiones en materia de

ciertas contravenciones¹. Se trata, entonces, de decidir cuál es el más alto tribunal —inferior a la Corte Suprema— con competencia para entender o decidir la cuestión federal o constitucional. En el Estado federal argentino esto reviste particular importancia por cuanto la existencia de un doble Poder Judicial —nacional y local— hace que difiera, en las distintas provincias, la forma en que pueden articularse los recursos cuando existen agravios de orden constitucional. Así, en alguna de ellas la Constitución local prevé una Corte Suprema o Superior Tribunal con amplia competencia en materia de constitucionalidad, mientras que en otras dicho máximo tribunal tiene una jurisdicción restringida que no llega a comprender la totalidad de los supuestos de inconstitucionalidad.

La premisa básica en la materia —como lo apuntan Imaz y Rey— era que correspondía a la Corte Suprema decidir en definitiva cuál es el tribunal superior de la causa, y esta declaración debía ajustarse a “lo que decidan los tribunales actuantes acerca de su facultad para pronunciarse en última instancia sobre la cuestión federal debatida”.

Esto trajo oscilaciones en la jurisprudencia de la Corte y, en última instancia, inseguridad jurídica y problemas para los abogados y litigantes.

Excede los límites de este trabajo hacer una síntesis minuciosa de la jurisprudencia de la Corte Suprema y de sus oscilaciones.

En realidad, el vasto panorama de incógnitas comenzó a despejarse a partir del caso “Strada” (“Fallos”, 308:490, 1986). En esta sentencia, la Corte reconoció la calidad de superior tribunal al máximo órgano judicial previsto en las constituciones locales. Por lo tanto, el agotamiento de todas las instancias locales se convirtió en presupuesto para acceder al recurso extraordinario. No obstante, el tribunal admitía aún la excepción de que el tránsito debía hacerse por las vías “idóneas”, “útiles” o “aptas” en la medida en que el Superior Tribunal provincial fuese “competente” para entender en el recurso.

En el caso “Di Mascio” (CS, diciembre 1-1989, “L.L.”, 1989-B-415), la Corte ajustó el concepto y determinó que “en los casos aptos para ser conocidos por esta Corte según el art. 14 de la ley 48, la

¹ En el caso “Madala” (CS, marzo 1-1983, “L.L.”, 1983-B-467) la Corte Suprema había dispuesto la inconstitucionalidad del art. 30 del Código Procesal Penal en cuanto impedía el control judicial de las sentencias dictadas por las autoridades policiales cuando la condena no excediera de 5 días de arresto.

intervención del Superior Tribunal de provincia es necesaria en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del art. 31 de la Constitución, de modo que la legislatura local y la jurisprudencia no pueden vedar el acceso a aquel órgano en tales supuestos". Se suprimieron, entonces, las excepciones. Subrayó el tribunal, y éste es el argumento básico, que "las provincias son libres para crear las instancias judiciales que estimen apropiadas, pero no pueden vedar a ninguna de ellas, y menos a las más altas, la aplicación preferente de la Constitución Nacional". Lo que equivale a decir que debe reconocerse a todos los tribunales la aptitud para decidir conforme a la Constitución, que es la cúspide del ordenamiento jurídico.

En "Oroz y Baretta" (CS, abril 13-989, "L.L.", 1989-D-21), la Corte decidió que las disposiciones del Código de Procedimientos en lo Criminal de la Provincia de Buenos Aires no podían interpretarse en el sentido de que impedían a los querellantes someter ante la Corte Suprema de la provincia el conocimiento de cuestiones federales. Se ratificó entonces la necesidad de que los superiores tribunales pudieran conocer en aquellos casos en los que las cuestiones eran aptas para ser decididas por la vía del art. 14 de la ley 48, impugnando la constitucionalidad de las normas que lo impidieran.

a) El salto de instancia o avocación.

Hemos visto que la ley 4055 considera a las cámaras federales como tribunales superiores en el ámbito de la justicia federal. Es decir que —en este ámbito— la Corte Suprema sólo puede conocer después de que hubiere decisión de segunda instancia. No obstante, en el caso "Dromi, José R. s/ avocación en Fontenla, Moisés c/ Estado nacional" (CS, septiembre 6-990, "L.L.", 1990-E-95), la Corte —en un fallo dividido y criticado por la doctrina— decidió que podía pronunciarse directamente en relación con lo dispuesto por el tribunal de primera instancia con prescindencia del trámite ante los tribunales de alzada. El arbitrio al que recurrió es objetable desde el punto de vista constitucional y no ha vuelto a recurrir a este procedimiento en los cinco años transcurridos.

En efecto, el art. 116 de la Constitución establece en forma inequívoca que "la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción conforme a las reglas y excepciones que prescriba el Congreso". Éste estableció en la ley 4055 que en el ámbito federal las cámaras de Apelaciones son los tribunales de los que debe provenir la sentencia impugnada mediante el recurso extraordinario. La Corte, en el caso "Dromi", estableció una regla diferente sin apoyo en

“prescripciones” legislativas. Parece oportuno recordar uno de los argumentos del juez Fayt en su disidencia: “El ejercicio del Poder Judicial de la Nación requiere para funcionar adecuadamente el respeto por las leyes del Congreso que regulan el procedimiento de los recursos, no como un tema meramente instrumental y accesorio sino como una exigencia que se funda en las normas adoptadas por el constituyente para la pacífica y ordenada convivencia de la sociedad argentina”.

El tribunal estableció los siguientes presupuestos para que se pueda entender por avocación con salto de instancia:

a) que la cuestión haya sido planteada ante un tribunal federal;

b) que la resolución o sentencia dictada por el tribunal inferior no esté firme;

c) que durante el tiempo probable que demandaría la sustanciación de los remedios procesales estatuidos para rectificar la sentencia podrían producirse efectos de extrema gravedad irreparables o de imposible o insuficiente reparación ulterior;

d) que la cuestión tenga lo que en forma genérica se denomina gravedad institucional.

4. Cuestión federal.

Hemos visto que el recurso extraordinario sólo es admisible respecto de las resoluciones que deciden una “cuestión federal”. Es decir:

a) Interpretación de la Constitución, tratados o leyes federales o la reglamentación de ese tipo de leyes.

Son lo que parte de la doctrina denomina cuestiones federales simples. Existe este tipo de cuestiones referidas a la interpretación de la Constitución cuando se trata de determinar el sentido de alguna de sus cláusulas, pero sin que se la ponga en colisión con otra norma o acto de autoridad. Casos claros de estas hipótesis se generan cuando, por ejemplo, se cuestiona el alcance de la inmunidad acordada a los legisladores por los arts. 69 y 70 de la Constitución (caso “Raúl Cuervo”, CS, noviembre 4-1986, “L.L.”, 1986-E-569), o cuando se discute la validez de los procedimientos seguidos en el caso de juicio político conforme a los arts. 53 y 59 (caso “Nicosia”, CS, diciembre 9-1993), o cuando se discute la inteligencia del art. 110 de la Constitución que establece la intangibilidad de la remuneración de los jueces. También, los casos

en los que se discutió el alcance del derecho de no declarar contra sí mismo, del art. 18, y el valor de la confesión obtenida por medio de apremios ilegales (“Montenegro”, “Fallos”, 303:1938; “Aguzzi”, “L.L.”, 1982-D-231; “Ruiz”, “L.L.”, 1988-B-444).

En lo que concierne a los tratados, es conveniente tener en cuenta, como ya lo hemos dicho, que su interpretación no configura cuestión federal cuando los preceptos invocados funcionan como disposiciones de derecho común. En los casos en los que se ha declarado procedente el recurso, se advierte una colisión entre estas normas y la Constitución Nacional o las leyes federales (caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, CS, julio 7-992, “L.L.”, 1992-C-540). Es necesario advertir que en virtud del art. 75, inc. 22, de la Constitución los tratados tienen jerarquía superior a las leyes.

Nos hemos referido al concepto de leyes federales al tratar la competencia de los tribunales federales en razón de la materia. Es preciso recordar que el recurso extraordinario no procede respecto de la interpretación de derecho común o de cuestiones de procedimiento.

También es admisible el recurso extraordinario en lo que respecta a la interpretación de actos federales emanados de autoridades nacionales que constituyen, reconocen o modifican derechos. Los repertorios de la Corte precisan casos de recursos contra decisiones de los rectores de las universidades nacionales (“Fallos”, 277:205; 295:39, y muchos otros); contra decisiones de la Dirección de Migraciones, como lo es el conocido caso “Carrizo Coito” (“Fallos”, 302:604), que implicaba la expulsión de un extranjero por su condición de testigo de Jehová, y contra resoluciones de la Dirección General de Aduanas (“Fallos”, 300:47). En todos estos casos existía una colisión entre el acto administrativo y un derecho reconocido por la Constitución Nacional, lo que lleva a que pueda subsumirse en los presupuestos que planteamos a continuación.

b) Conflictos planteados entre la Constitución Nacional y otras normas o actos provenientes de autoridades nacionales o locales.

A este respecto debemos recordar que es un principio básico que el tribunal sólo decide la inconstitucionalidad de una norma, es decir su inaplicabilidad para el caso concreto en los supuestos en los que las normas de grado inferior resulten manifiestamente inconciliables con la Constitución. El tribunal ha recordado con frecuencia que su función es atender a la interpretación armoniosa de las normas (“Fallos”, 137:212; 286:301 y sus citas, entre muchos otros).

c) Conflictos planteados entre normas dictadas por diferentes autoridades nacionales, discutiéndose cuál es el acto o norma que conforme a las normas constitucionales reviste carácter preeminente.

El caso típico se da cuando se discute si un decreto reglamentario de una ley federal ha excedido los límites impuestos por el art. 99, inc. 2, es decir, si ha “alterado el espíritu” de la ley.

La ley reglamentada debe ser *federal*. El recurso extraordinario no corresponde cuando el decreto ha reglamentado una ley común dictada por el Congreso, dado que, en tanto la reglamentación no implique agravio para derechos y garantías constitucionales, se trata de una interpretación de derecho común (“Fallos”, 250:55 y sus citas).

d) Conflictos entre normas o actos nacionales, y normas o actos locales.

En principio, el conflicto debe ser entre normas de carácter federal y normas locales. No obstante, la Corte Suprema ha declarado reiteradamente la invalidez de normas locales que han reglado atribuciones que son competencia del Congreso por referirse a temas de derecho común. Casos típicos son las leyes provinciales de registro de la propiedad cuya validez ha declarado la Corte, “siempre que no alteren ni modifiquen las que ha dictado la Nación en uso de su potestad soberana” (“Fallos”, 174:105, 1935). Es decir que en esta materia las provincias no pueden exceder los límites de su poder de policía.

5. Resolución contraria al derecho federal.

Como hemos expuesto en forma reiterada, el eje del recurso extraordinario consiste en asegurar la supremacía del derecho federal. Por esto, el art. 14 de la ley 48 determina que procede cuando la decisión “haya sido en contra de la validez” del derecho federal invocado o contra la validez del acto de autoridad nacional.

Es necesario contemplar al respecto distintas hipótesis:

a) Normas federales del mismo rango.

Es claro que cuando ambas partes invocan normas federales del mismo rango, cualquiera que sea la decisión de la sentencia existe cuestionamiento de derecho federal o de su inteligencia. “En causas

que versan sobre la interpretación de leyes generales de la Nación, que ambas partes entienden compatibles con su derecho, la procedencia del recurso extraordinario no se supedita a la resolución contraria a la pretensión de ninguna de ellas, pues cualquiera sea el tenor de la sentencia necesariamente envuelve el desconocimiento de una facultad o una exención fundada en una ley federal" ("Fallos", 247:277, 1960).

b) Conflicto entre la Constitución Nacional y tratados o normas nacionales federales.

Es claro que la declaración de compatibilidad entre estas normas de distinto grado puede implicar el desconocimiento de derechos y garantías que emanan de la Constitución Nacional por lo que el recurso extraordinario se hace admisible cuando se advierte el conflicto. Inversamente, si se invalida la ley federal procede el recurso extraordinario en virtud de lo que dispone el inc. 1 del art. 14 de la ley 48. Es decir que en estos conflictos, cualquiera que sea la decisión recaída, es admisible el recurso extraordinario, dado que se cuestiona la inteligencia de normas de carácter federal (ver caso "Portillo", "L.L.", 1989-C-401).

c) Conflicto entre normas locales y federales.

En este caso, el recurso extraordinario no es admisible si la sentencia reconoce la supremacía del derecho federal invocado. El art. 48 condiciona la admisibilidad a que "la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia".

6. Cuestión federal directa e inmediata.

El art. 15 de la ley 48 dispone que "cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo que los fundamentos resulten de los autos y *tengan una relación directa e inmediata* a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa...". Es decir que la solución de la causa debe sustentarse *directamente* en la interpretación del derecho federal.

Como hemos visto, no corresponde a la justicia federal la interpretación de los códigos a los que se refiere el art. 75, inc. 12, de la Constitución. Esto se reitera en la última parte del art. 15 de la

ley 48: "...la interpretación o aplicación que los tribunales de justicia hicieren de los Códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no dará ocasión a este recurso por el hecho de ser leyes del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inc. 11, art. 67, de la Constitución" (hoy, 75, inc. 12). No obstante, cuando la interpretación que hicieren de estas normas los tribunales inferiores lesione derechos y garantías constitucionales, nos encontramos frente a una relación directa e inmediata "con cuestiones de validez de los artículos de la Constitución"².

Hemos venido diciendo que el recurso extraordinario tiene como objeto asegurar la supremacía de la Constitución como cúspide del derecho federal.

Conforme al art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 23.774), el agravio federal debe ser *suficiente*. Esto formaba parte de la terminología tradicional de la Corte Suprema. Lino Palacio afirma que "la norma de modo alguno esclarece el sentido de la terminología utilizada por la Corte Suprema e inclusive tiñe el tema de cierta ambigüedad, porque como es obvio puede mediar en la causa una cuestión federal y el agravio del recurrente resultar insuficiente o no existir".

El término "suficiente" ha sido deliberadamente ambiguo en el léxico de la Corte, lo que tiende a subrayar las características de discrecionalidad que siempre ha tenido el recurso extraordinario, que es una típica institución que revela la característica de *poder*, inherente a la esencia de la Corte Suprema.

7. Cuestión federal sustancial.

El art. 280 del Código de Procedimientos dispone que "la Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaran insustanciales o carentes de trascendencia".

La norma describe tres hipótesis que habilitan al tribunal para rechazar el recurso extraordinario *según su sana discreción* y con la sola invocación de la norma:

² La defensa de los derechos y garantías individuales constituye uno de los objetivos básicos del recurso extraordinario. El caso "Sejean" (CS, noviembre 27-1986, "L.L.", 1986-E-648), en el que se discutió la compatibilidad del art. 64 de la Ley de Matrimonio Civil con la Constitución, constituye un ejemplo paradigmático.

- cuando el agravio federal resultara insuficiente;
- cuando las cuestiones planteadas resultaran insustanciales;
- cuando las cuestiones planteadas fueran carentes de trascendencia.

Con este artículo se institucionaliza y confiere apoyo legal a una práctica que la Corte —si bien con carácter excepcional— había establecido con marcada anterioridad.

En efecto, en el clásico caso “Jorge Antonio” (“Fallos”, 248:195, 1960), la Corte recordó que a partir de “Fallos”, 194:220, autorizó el rechazo de plano de la apelación extraordinaria cuando advertía “ausencia de interés institucional que la jurisprudencia contempla, por regla general, con el nombre de «cuestiones federales insustanciales»...”. En el caso “González c/ Borgato s/ desalojo” (“Fallos”, 245:450, 1959), la Corte expresó “que si bien el recurso extraordinario se ha fundado en que el art. 34 del dec. 2186/57 es violatorio de los arts. 17 y 18 de la Constitución, la apelación es *insustancial* en atención a la reiterada jurisprudencia de esta Corte sobre las cuestiones en que aquélla se funda”. Es decir que el tribunal siempre se consideró habilitado para rechazar en forma discrecional cuestiones insustanciales, en particular las relacionadas con la arbitrariedad de sentencia.

No creemos pertinente realizar disquisiciones semánticas acerca de la diferencia entre cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia, que la Corte ha utilizado en forma indistinta, aunque usa preferentemente la calificación de “insustanciales” para recordar que la cuestión ya ha sido decidida reiteradas veces en un mismo sentido.

Parece conveniente recordar que el art. 280 prevé que el rechazo es facultativo: *podrá rechazar*. Es decir que mantiene su discrecionalidad para conocer cualquier tema en el que esté involucrada una cuestión federal, aunque fuera insustancial. No obstante, el juez Boggiano, en un voto concurrente, ha afirmado que “pese al aparente carácter potestativo de la norma, la obligación de hacer justicia por la vía del control de constitucionalidad torna imperativo desatender los planteos de cuestiones aun federales carentes de trascendencia” (“Editor responsable y/o director del Diario La Nación”, CS, junio 8-993, “L.L.”, 1994-D-485). Resulta de este criterio un intento de restricción a la reglamentación que el art. 14 de la ley 48 hace de los arts. 116 y 117 de la Constitución.

El art. 280 se refiere sustancialmente a la institución de la arbitrariedad. Es por ello que el tribunal ha expuesto que “...obviamente la desestimación de un recurso extraordinario con la sola invocación del art. 280 (Código citado) no importa confirmar ni

afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida. Implica, en cambio, que esta Corte *ha decidido no pronunciarse sobre la presunta arbitrariedad invocada*, por no haber hallado en la causa elementos que tornen manifiesta la frustración del derecho a la jurisdicción en debido proceso”.

El concepto de cuestiones *carentes de trascendencia* es también de deliberada ambigüedad. Como bien lo apunta Sagüés, es conveniente distinguir entre trascendencia jurídica y trascendencia social. Es posible que un caso carezca de relevancia jurídica pero tenga trascendencia social. Es, en cambio, poco probable, que casos cuya solución tiene relevancia jurídica carezcan de interés para la comunidad.

En los años transcurridos desde la aprobación de la ley 23.774, el mecanismo previsto en los arts. 280 y 285 del Código Procesal ha institucionalizado y convertido en práctica soluciones que ya estaban dentro de las líneas de trabajo de la Corte Suprema, pero que ésta no utilizaba como criterios permanentes. También ha utilizado la potestad del art. 280 —como veremos luego— para conferir aval legal al concepto de *gravedad institucional*. El tribunal ha expuesto en forma reiterada que “el art. 280 del Código de Procedimientos permite a esta Corte ejercer su jurisdicción extraordinaria en casos de trascendencia aun cuando existiera algún obstáculo formal para acceder a la misma. La resolución de temas de notable repercusión institucional no puede quedar vedada al tribunal por el incumplimiento de requisitos formales por parte de los interesados en casos cuya gravedad precisamente excede los hechos y las personas directamente involucradas” (caso “La Nación”, CS, junio 8-993, y sus citas).

El art. 280 habilita a la Corte para desestimar los recursos con la sola invocación de la norma, de forma tal que no resulta necesario ni siquiera señalar cuáles son los motivos por los que considera inexistente, insustancial o carente de relevancia la cuestión introducida mediante el recurso extraordinario. Es decir que —como lo describe Morello— “de lo reglado se incorpora al derecho positivo un modo de actuar discrecional”. Sostiene que es suficiente como fundamento *mínimo* la mención del art. 280 y la indicación del supuesto de que se trata (p. 248). Padilla critica la solución de la Corte y señala que se genera una “lesión al derecho de acceso a la justicia, pues la utilización del recurso extraordinario es un derecho del litigante y no una gracia del tribunal” (p. 359). Por su parte, las decisiones que no hacen lugar al recurso aparecen como no fundadas.

Creemos que en este presupuesto es necesario deslindar dos temas. Es privativo del tribunal y puede ser útil que acote al máximo el concepto de sentencia arbitraria como cuestión que habilita el recurso extraordinario. Pero también lo es que las decisiones del tribunal deben estar fundadas (arts. 17 y 18). No parece conveniente en este tema traspolar las soluciones de la Corte Suprema de Estados Unidos, que se rige por un sistema procesal que es en esencia diferente. En aquel sistema, los elementos consuetudinarios del "*common law*" tienen mucha más fuerza y el presupuesto de legalidad no es parte de la Constitución. En nuestro sistema, el principio de "sentencia fundada en ley" debe ser observado por todos los tribunales, judiciales y administrativos y esto incluye a la Corte Suprema de Justicia.

8. Sentencias arbitrarias.

Conforme a lo que hemos visto, dentro del ámbito clásico del recurso extraordinario —que Carrió llama ámbito *normal*— la Corte no conoce acerca de las cuestiones que dependen de la apreciación y valoración de la prueba producida, ni tampoco de la interpretación de los códigos de fondo, de las leyes locales provinciales o de las dictadas por el Congreso en virtud del art. 75, inc. 12, ni de las leyes de procedimiento, aunque sean federales.

No obstante, estos principios reconocen una importantísima excepción constituida por la sentencia arbitraria que, según las estadísticas, equivalen al 80% de los casos que llegan por instancia extraordinaria al tribunal.

Es la propia Corte Suprema la que ha dado los conceptos que definen en forma genérica la arbitrariedad: aquellas que "aparecen determinadas por la sola voluntad del juez", adolecen de "manifiesta irrazonabilidad" o de "una ausencia palmaria de fundamentos".

Es un principio básico del recurso extraordinario que no es revisable por esa vía "el acierto o error de la solución a la que llegan las sentencias". Pero, sí, en cambio, puede pedirse la revisión de las causas que se hayan decidido con las deficiencias señaladas.

Estas fórmulas, al igual que las que hemos visto al referirnos a los requisitos del recurso extraordinario, no tienen la precisión de una definición sino que constituyen descripciones abiertas que la Corte integra en cada caso concreto. Su propia labilidad abre la posibilidad de un continuo enriquecimiento del concepto. Vanossi advierte en forma incisiva que no puede diseñarse una

concepción silogística: “no hay mecanicismo o automatismo en la decisión”. Los problemas resueltos por el recurso extraordinario son esencialmente problemas de interpretación, dentro de los cuales juegan todos los aspectos de la hermenéutica.

Es preciso recordar que la Corte ha expuesto en forma reiterada que la tacha de arbitrariedad no configura un fundamento autónomo del recurso extraordinario, sino el medio idóneo para asegurar el reconocimiento de alguna de las garantías consagradas en la Constitución (“Fallos”, 275:251 y sus citas).

La doctrina de la arbitrariedad es una construcción pretoriana que tiene fundamento constitucional. La doctrina se divide en cuanto a su fundamento legal. Palacio considera que está “incluida en el ámbito significativo del inc. 3º del art. 14 de la ley 48, por cuanto toda sentencia descalificable por aquella tacha contraría la validez de un derecho fundado en una cláusula constitucional” (p. 224). Genaro Carrió, por su parte, opina que “carece de base legal (en sentido estricto) aunque no de fundamento normativo en el orden jurídico argentino... Su fundamento mediato son algunos textos constitucionales de considerable vaguedad...”. Pero lo que es irrefutable es lo que subraya Carrió: “éste es básicamente un estudio de decisiones judiciales” (p. 10). El ámbito del recurso extraordinario queda, así, expandido. Por una parte, está el ámbito clásico y, por la otra, el excepcional. Como dice Carrió, se ha agregado un cuarto inciso al art. 14 de la ley 48, y este cuarto inciso fue creado por la jurisprudencia (p. 27).

En consecuencia, la doctrina ha hecho una sistematización de las decisiones de la Corte, entre las cuales sólo mencionamos las de excepcional valor de Carrió, Palacio y Sagüés, que coinciden en lo sustancial.

Palacio enumera de este modo las principales hipótesis:

- a) apartamiento de la solución normativa o de las constancias de la causa;
- b) carencia o insuficiencia de fundamentos;
- c) desconocimiento o interpretación irrazonable de la prueba;
- d) omisión de pronunciamiento sobre cuestiones conducentes para la solución del caso;
- e) exceso en los límites del pronunciamiento;
- f) exceso ritual;
- g) autocontradicción.

No hemos de aportar una nueva sistematización, que no podría superar las de estos maestros. Nos limitaremos a señalar las razones que ha dado la Corte, en casos arquetípicos, para declarar la nulidad de la sentencia de instancia.

a) Meras discrepancias.

La Corte expone este principio fundamental con extensión en "Allaria de Munilla Lacasa" ("Fallos", 244:384, 1959): "la tacha de arbitrariedad no procede por meras discrepancias acerca de la apreciación de las pruebas producidas o de la inteligencia atribuida a preceptos de derecho común, así se estimen esas discrepancias legítimas y fundadas. Esta tacha no tiene por objeto la corrección en tercera instancia de sentencias equivocadas o que se estimen tales, sino que atiende sólo a los supuestos de omisiones o desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias quedan descalificadas como actos judiciales".

En esta sentencia se señalan los siguientes principios:

- a) es necesario distinguir entre error y arbitrariedad;
- b) la tacha de arbitrariedad no tiene por objeto que la Corte corrija como órgano de tercera instancia sentencias equivocadas;
- c) las omisiones o desaciertos deben ser de tal gravedad que hagan que la sentencia quede descalificada como acto judicial. "La declaración constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley —dijo la Corte— da lugar a recurso en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias desprovistas de todo apoyo legal, fundadas *tan sólo en la voluntad de los jueces*" ("Storani de Boidanich", "Fallos", 184:137, 1939).

b) Conflicto con principios y garantías constitucionales.

La existencia de "conflicto" entre la sentencia y la Constitución Nacional es una característica de las sentencias arbitrarias para la mayor parte de la doctrina. Cuando se refiere a la interpretación del derecho, se trata de lo que se denomina cuestión federal simple, es decir, sobre la inteligencia de una norma federal y el desconocimiento del derecho nacido de ella.

En autos "Bartos S.R.L." (CS, diciembre 20-979, "L.L.", 1980-B-502), la Corte ratificó un principio básico de la sentencia arbitraria: "la doctrina de la arbitrariedad elaborada por esta Corte se funda en la necesidad de salvaguardar los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional". En consecuencia, determinó que era arbitraria una decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital que no abrió el recurso por arbitrariedad de sentencia y en cambio lo hizo por haberse violado garantías constitucionales, cuando el agravio al art. 18 resultaba

precisamente de “haber omitido el sentenciante la consideración de pruebas decisivas para la solución del diferendo”. La arbitrariedad es una indudable cuestión federal de la más alta jerarquía, dado que ella significa negación del derecho.

c) Errores graves en la aplicación del derecho.

En el caso “Editor responsable y/o director del Diario La Nación” que hemos citado, en el voto del juez Boggiano, al hacer lugar a la arbitrariedad de sentencia, se lee: “la Cámara infirió el dolo eventual del querellado de la circunstancia de que no compareció a la audiencia de conciliación... tal inferencia es particularmente merecedora del excepcional señalamiento acuñado hace ya décadas por Holmes: contener una equivocación tan grosera que aparezca como inconcebible dentro de una racional administración de justicia”.

Es decir que se alude a una grosera falla en el razonamiento lógico en cuanto a los alcances de la norma dado que la sentencia infiere el dolo de un acto procesal muy posterior al hecho imputado. En forma inversa, la Corte ha establecido que es un acto judicial descalificable aquel que “efectúa una interpretación de las normas en juego que las desvirtúa y torna inoperantes” (“Fallos”, 301:108).

d) Violación del principio de división de poderes.

En el caso “Orías c/ Universidad Nacional de Río Cuarto” (CS, febrero 3-994, “L.L.”, 1994-C-237), la Cámara de Apelaciones, después de declarar la nulidad de un concurso de profesores, ordenó a la Universidad que “garantice la regular continuidad del trámite y procedimiento del concurso hasta su absoluta culminación y disponga que la prueba de oposición se efectúe con el respeto, disciplina y decoro propios de ese acto académico”. La Corte dispuso que la Cámara, al resolver de ese modo, “ha obligado a la Universidad Nacional de Río Cuarto a hacer algo que la ley no manda, sustituyendo su criterio de conveniencia y eficacia por el de los jueces, violando así el principio de división de los poderes del Estado”. En consecuencia, descalificó la sentencia en razón de su arbitrariedad.

Al revocar un fallo que declaró la invalidez de la sanción de clausura impuesta por la D.G.I., en el cual el juez había afirmado que “dar a los agentes del Estado la peligrosa herramienta de elaborar una resolución sorpresiva y en base al hecho consumado

genera la posibilidad de castigar con sanciones del derecho penal y es un magnífico elemento extorsivo para el contribuyente...”, la Corte señaló que “el fallo apelado se sustenta parcialmente en consideraciones de política legislativa ajenas a la tarea judicial... La determinación por un juez de métodos más eficaces o convenientes en reemplazo de los ya existentes importa una clara intromisión en el ámbito de otras ramas del gobierno con serio menoscabo de la división de funciones exigida por el régimen republicano” (“Buombicci”, CS, junio 8-993, “L.L.”, 1994-A-341).

e) Sentencias que no se fundan en hechos.

Esto es lo que la doctrina denomina arbitrariedad fáctica, que alude fundamentalmente a que la sentencia no está fundada en los hechos sustanciales comprobados en la causa.

Como bien lo advierte Sagüés, en muchos casos es difícil escindir la falta de sustento normativo con la falta de sustento en los hechos (*Recurso...*, t. II, p. 691). La apertura del recurso extraordinario en estos casos constituyó una excepción significativa a la tesis tradicional que excluía de su ámbito a las cuestiones de hecho y prueba. La arbitrariedad fáctica puede consumarse también en razón de la motivación de la sentencia, la que no puede ser ilógica ni contradictoria con los hechos comprobados. El dictamen de la Procuración General en los autos “Colegio de Escribanos c/ Garrido” (CS, junio 23-992, “L.L.”, 1993-C-28) describe con concisión las exclusiones, recogiendo jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte: “la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias en la lógica del razonamiento o una total ausencia de fundamento impiden considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la «sentencia fundada en ley» a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución”. Y añade que “los agravios del apelante no constituyen más que su *discrepancia* con cuestiones de hecho y prueba y derecho común, resueltas por el *a quo* en el ámbito de su competencia”. De este modo se sintetizan todas las exclusiones.

Néstor Pedro Sagüés realiza una síntesis efectiva de los casos en los que existe arbitrariedad fáctica conforme a la jurisprudencia de la Corte: a) prescindencia de pruebas o constancias obrantes en autos; b) prescindencia de hechos notorios; c) fundamento en hechos inexistentes.

En el clásico caso “La Prensa” (“Fallos”, 248:291, 1960), la Cámara había fundado su decisión en que “los actos injustos, arbitrarios y persecutorios de una dictadura son previsibles para aquellas personas que la combatieron o bien adoptaron frente a ella una actitud independiente”. La Corte, al revocar la sentencia, calificó al razonamiento de “insostenible” y expuso que “la lectura de los párrafos más arriba transcriptos demuestra que el fallo, en esta parte, se funda por entero en una generalización absoluta, emanada de un puro razonamiento abstracto, impreciso y genérico y por tanto desvinculado de las específicas modalidades del caso... ello traduce desconocimiento de los principios rectores del proceso civil, cuyo norte es el establecimiento de la verdad jurídica objetiva en conexión con los elementos concretos y vitales que constituyen la situación juzgada”.

En esta sentencia se cita el precedente “Colalillo” (“Fallos”, 238:550, 1957), en el cual la Corte había expresado que “la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces no excusa la indiferencia de éstos respecto a su objetiva verdad...”. Añadiendo que “el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva que es su norte”. Estos principios de las decisiones clásicas sobre arbitrariedad de sentencia son aún hoy los básicos que sustentan la arbitrariedad fáctica.

En resumen, el recurso por arbitrariedad tiene por fin asegurar dos principios constitucionales. Por una parte, el de legalidad, es decir asegurar que las sentencias sean derivación del sistema normativo y no de la voluntad de los jueces. Por la otra, asegurar que dentro del proceso prevalezca la verdad objetiva, esto es, que la prueba sirva para develar realidades y no para encubrir las. También, en su caso, advertir que los jueces no pueden arrogarse el papel de legisladores y que deben sentenciar conforme a las normas.

9. Gravedad institucional.

Recordamos que el art. 280 del Código de Procedimientos habilita a la Corte para “rechazar el recurso extraordinario cuando las cuestiones planteadas resultaren... carentes de trascendencia”.

Es posible afirmar que el calificativo “*gravedad institucional*” es el antónimo de *carente de trascendencia*. La Corte recurre a este concepto con el objeto de poder conocer sobre determinadas causas superando impedimentos para su admisibilidad. Ellos pueden referirse tanto a las formalidades procesales como a la ausencia de cuestión federal.

Fernando Barrancos y Vedia, en su clásico libro sobre el tema, agrupa las situaciones en las que la Corte hizo uso de la pauta “*gravedad o interés institucional*” para abrir el recurso extraordinario en casos de: a) sentencias no definitivas; b) incumplimiento de recaudos formales; c) cuestiones procesales; d) cuestiones de hecho o de derecho común.

El tribunal ha realizado una laboriosa construcción jurisprudencial acerca de este tema que empezó en el caso “Jorge Antonio” (“Fallos”, 248:189). En los autos existían obstáculos formales para la admisión de la queja dado que la resolución de la Cámara no había sido impugnada y se trataba de una decisión acerca de un embargo cuya característica de *sentencia definitiva* era dudosa.

Ante esta situación de hecho, la Corte expresó: “Lo mismo que la ausencia de interés institucional que la jurisprudencia contempla, por regla general, con el nombre de «cuestiones federales insustanciales» autoriza el rechazo de plano de la apelación extraordinaria, así la existencia de aspectos de *gravedad institucional* puede justificar la intervención del tribunal superando ápices procesales”.

Estos fundamentos concuerdan con el criterio que expone hoy la Corte después de las precisiones que hace el nuevo art. 280 del Código de Procedimientos: “La finalidad más significativa del nuevo texto es la de destacar el emplazamiento que esta Corte posee en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación, posibilitando que de una manera realista, su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional... La reforma tiende, pues, a reforzar el criterio de especialidad que orienta a las funciones de este tribunal, al hacerle posible ahondar en los graves problemas constitucionales y federales que se encuentran entrañablemente ligados a su naturaleza institucional” (“Serra c/ Municipalidad de Buenos Aires”, CS, octubre 26-993, “L.L.”, 1995-A-397).

A su vez, en el caso “La Nación” (CS, junio 8-993), el juez Boggiano recordó en su voto que el art. 280 del Código de Procedimientos “permite a esta Corte ejercer su jurisdicción extraordinaria en casos de trascendencia, aun cuando hubiera algún

obstáculo formal para acceder a la misma. La resolución de temas de notable repercusión institucional —agrega— no puede quedar vedada al tribunal por incumplimiento de requisitos formales por parte de los interesados en casos *cuya gravedad precisamente excede los hechos y las personas directamente involucradas*. Este aserto, por lo demás, se entronca con una consolidada tradición jurisprudencial tendiente a no impedir el esclarecimiento de relevantes temas constitucionales por mediar «ápices» procesales”.

En el caso “F.R.E.C.A. c/ Servicio Nacional de Sanidad Animal” (CS, junio 16-994, “L.L.”, 1994-E-207), la Corte recordó dos principios:

- a) lo resuelto trasciende el mero interés de las partes por cuanto compromete la recaudación de la renta pública;
- b) la importancia de los montos comprometidos.

Este último argumento es semejante al expuesto en el clásico caso “Compañía Swift de La Plata s/ quiebra” (“Fallos”, 286:257, “L.L.”, 151-516) en el que la Corte conoció, a pesar de la inexistencia de cuestión federal, “en razón de la magnitud del perjuicio económico que causa y por cuanto lo decidido excede el interés individual de las partes afectando el de la colectividad”.

La Corte también ha dispuesto que existe gravedad institucional cuando “lo decidido constituya un factor de retardo y perturbación en el desarrollo de la política económica del Estado, con menoscabo de los intereses de la comunidad” (“Massalin Particulares c/ Subsecretaría de Finanzas Públicas de la Nación”, CS, abril 16-991).

En el caso “Acción Chaqueña”, el Tribunal Electoral de la Provincia del Chaco no admitió la candidatura del ex gobernador de facto José A. Ruiz Palacios a la gobernación de la provincia, por considerar que no cumplía con el requisito de domicilio. A pesar de que no estaban agotadas las instancias locales, la Corte declaró procedente el recurso. El fundamento central consistió en que “en las particulares circunstancias corresponde considerar que media en el caso gravedad institucional pues uno de los requisitos del sistema representativo republicano de gobierno que las provincias han de garantizar es la fe en quienes tienen a su cargo la administración de justicia, eliminando, en el ámbito de su poder, todo lo que la afecte o disminuya”. Añadiendo que “la posibilidad concreta de una efectiva privación de justicia del recurrente autoriza a afianzar la prevalencia de aquellos principios constitucionales frente a las antes consideradas normas procesales”. Sin conocer sobre el fondo del asunto remitió la causa al Superior

Tribunal de la Provincia del Chaco para que “resuelva la delicada cuestión de gravedad institucional suscitada en autos” (CS, agosto 29-991, “L.L.”, 1992-A-181).

Parecería que en esta decisión el núcleo de la gravedad institucional consiste en resguardar *la fe en quienes tienen a su cargo la administración de justicia, eliminando, en el ámbito de su poder, todo lo que la afecte o disminuya*. La solución fue correcta, pero el fundamento parece un parámetro demasiado extenso, dado que abarca prácticamente todos los litigios que se sustentan ante los tribunales.

En todos estos casos la Corte alegó la gravedad o interés institucional para superar óbices de tipo formal que podían impedir la procedencia del recurso extraordinario. Un caso especial es el que se refleja en los autos “M.T.A.” (CS, abril 13-972, “L.L.”, 150-400), en el cual los cónyuges actores solicitaron se les concediera la adopción de una niña que era hija extramatrimonial del marido, a lo que la madre natural se opuso en forma expresa. La Corte abrió el recurso manifestando que “si bien es cierto que la cuestión apuntada involucra, en principio, aspectos regidos por el derecho común, no es menos exacto que la gravedad y trascendencia del asunto traído a los estrados de esta Corte, en cuanto excede el interés de las partes y afecta a la colectividad, torna procedente la instancia extraordinaria del art. 14 de la ley 48. Porque en definitiva está en juego el derecho de los padres —no enumerado en forma expresa por la Constitución pero ciertamente contenido entre los que de modo implícito reconoce el art. 33— de ejercer respecto de sus hijos la autoridad y las obligaciones que les corresponden como consecuencia del vínculo establecido por el hecho de la procreación”.

En el caso “Aída Fernández”, vinculado con el derecho a pensión de una unión de hecho, la Corte abrió el recurso extraordinario con fundamento en que “en estos autos se configura uno de los supuestos de excepción, pues la materia que en ellos se debate involucra principios fundamentales de orden social y atinentes a instituciones básicas como son las que se vinculan con el matrimonio y la familia” (“Fallos”, 295:376). Esta jurisprudencia es criticada por Palacio, quien sostiene que no comporta una interpretación válida de la ley 48 sino una distorsión de su texto, del cual surge inequívocamente que es requisito básico para el recurso extraordinario la existencia de una cuestión federal (p. 281).

Podemos concluir que, a esta altura de la evolución jurisprudencial y luego de transcurridos casi cuarenta años del caso “Jorge Antonio”, el intento por establecer una clasificación útil en relación con el concepto de gravedad institucional resulta un esfuerzo estéril.

Pero ésta es precisamente su característica, dado que afirma la sustancia de la actividad de la Corte, que es entender como *poder* en las decisiones que son sustanciales para la comunidad y para una convivencia armónica sobre la base del respeto de los derechos y garantías fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Competencia originaria:

- Alberto B. Bianchi, *Competencia originaria de la Corte Suprema*, Ed. Abeledo-Perrot, 1989.
- Isidoro Eisner, *Nueva jurisprudencia de la Corte Suprema sobre su competencia originaria...*, "L.L.", 152-383.
- Nerva (Rafael Bielsa), *Jurisdicción originaria de la Corte Suprema respecto de diplomáticos*, "L.L.", 96-187.
- Próculo (Rafael Bielsa), *Competencia originaria de la Corte Suprema cuando una provincia es parte*, "L.L.", 95-567.
- Carlos Valiente Noailles, *El recurso extraordinario y un requisito básico: la existencia de una cuestión federal*, "L.L.", 1975-B-1298.

Obras generales sobre recurso extraordinario:

- Augusto M. Morello, *La Corte Suprema en acción*, Ed. Abeledo-Perrot, 1989.
- Lino Enrique Palacio, *El Recurso Extraordinario Federal*, Ed. Abeledo-Perrot, 1992.
- Néstor Pedro Sagüés, *Recurso Extraordinario*, Ed. Depalma, 1984.
- Jorge Reinaldo Vanossi, *Recurso Extraordinario Federal*, Ed. Universidad, 1984.

Sentencia definitiva:

- Pablo Ramella, *R. E. sentencia definitiva y tribunal superior*, "L.L.", 1981-A-849.
- Néstor Pedro Sagüés, *El recurso extraordinario y la obligación de las Cortes Supremas provinciales de conocer en los recursos locales*, "L.L.", 1989-B-415.
- Jorge Reinaldo Vanossi, *El requisito de interposición incondicionada del recurso extraordinario federal frente a la viabilidad de los recursos extraordinarios provinciales*, "L.L.", 1978-C-794.

Arbitrariedad de sentencia:

- Oscar Bayo, *Defensa de la doctrina de la arbitrariedad como materia del recurso extraordinario*, "L.L.", 1995-A-919.

Genaro Carrió, *El recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia*, Ed. Abeledo-Perrot, 1967.

Gravedad institucional:

Fernando N. Barrancos y Vedia, *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, Ed. Abeledo-Perrot, 1969.

Miguel M. Padilla, *El requisito de domicilio y la desestimación de una candidatura*, "L.L.", 1992-A-181.

Cuestión federal sustancial:

Augusto M. Morello, *La nueva etapa del Recurso Extraordinario. El "certiorari"*, Ed. Abeledo-Perrot, 1990.

Miguel M. Padilla, *El artículo 280 del Código Procesal y el derecho de acceso a la justicia*, "L.L.", 1992-E-358.

CAPÍTULO XVI

EL MINISTERIO PÚBLICO

1. Conceptos preliminares.

La reforma de 1994 ha consagrado, en el art. 120, al Ministerio Público con rango constitucional. Lo ubica como órgano independiente y autónomo, lo que lleva a que se lo califique como órgano extrapoder. Es el único órgano constitucional que tiene estas características. No puede afirmarse lo mismo del Consejo de la Magistratura ni del Jurado de Enjuiciamiento, que pueden considerarse órganos auxiliares que integran el Poder Judicial de la Nación. De este modo, la reforma ha despejado el interrogante —tantas veces advertido por la doctrina— acerca de si los integrantes del Ministerio Público son funcionarios judiciales propiamente dichos o si, por el contrario, tienen carácter administrativo y, en consecuencia, dependen del Poder Ejecutivo.

La Constitución es inequívoca en el sentido de que la institución es *un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera*: El art. 120 distingue también entre la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad y la defensa de los intereses de los particulares, a cuyo efecto establece dos cuerpos diferenciados: uno, cuya cabeza es el procurador general de la Nación, y el otro, cuya cabeza es el defensor general de la Nación. De este modo señala la incoherencia —advertida por la doctrina— de establecer una misma jefatura para funciones tan disímiles y a veces contradictorias como las que se atribuyen a los fiscales y a los defensores. Estos conceptos tuvieron expresa recepción en la ley 24.946, que ha reglamentado el artículo constitucional.

Desde luego que escapa a los límites impuestos a este trabajo la elaboración de una historia del Ministerio Público. No obstante, creo pertinente indicar que podemos ubicar sus antecedentes en la Francia del siglo XVI, es decir, en el mismo nacimiento de los Estados nacionales.

Me parece apropiado transcribir un párrafo de la obra *Del espíritu de las leyes*, que da una idea del objetivo y de la ubicación del instituto: "Tenemos hoy una ley admirable, es aquella que establece que el príncipe dispone de un funcionario en cada tribunal para que en su nombre persiga todos los crímenes, de tal forma que la función de los delatores es desconocida entre nosotros y si este vengador público fuera acusado de abusar de su ministerio, se lo obligaría a decir el nombre de su denunciante" (Libro VI, Cap. IX).

De esta descripción es posible concluir que en su nacimiento el instituto constituía un desprendimiento más de las atribuciones judiciales que había comenzado a realizar la corona y que su competencia se circunscribía a la materia penal. Estas características hacen que el desarrollo posterior en el derecho comparado nos demuestre que el Ministerio Público, en general, está organizado como institución con marcados rasgos de dependencia de la rama ejecutiva o, en todo caso, independiente del Poder Judicial. En esto son coincidentes sistemas de derecho tan diversos como los de Inglaterra, Francia, Alemania, España y Estados Unidos.

En nuestro país funcionó durante más de cien años sin ley orgánica propia. No obstante, es conveniente recordar que en la práctica sus cargos se hallan asimilados a la carrera judicial que comienza con la función de secretario y continúa con la de fiscal, juez, fiscal de segunda instancia y camarista. No podemos olvidar que la Constitución de 1853 (antes de la reforma de 1860) disponía: "El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta de nueve jueces y *dos fiscales...*" (art. 91).

Las atribuciones concretas del Ministerio Público, por su parte, han sido fijadas siempre en los reglamentos judiciales, en las leyes orgánicas de organización de la justicia (ley 1893 para los tribunales de la Capital Federal, ley 4055 y dec. 1285/58 para los tribunales federales) y por las disposiciones pertinentes de los Códigos de Procedimientos en lo Civil y Comercial y Procesal Penal. Pero también ha sido tradicional que el procurador general de la Nación asesore al Poder Ejecutivo en materias jurídicas. Este tipo de asesoría está hoy excluida de las funciones del Ministerio Fiscal según lo dispone el art. 27 de la ley reglamentaria.

Las remuneraciones de los miembros del Ministerio Público se han fijado siempre en relación con las de los jueces; se establecen en los mismos capítulos presupuestarios y eran abonadas por la misma repartición. Conforme a la ley reglamen-

taria, las remuneraciones continúan *enganchadas* con las del Poder Judicial (art. 12).

2. Funciones.

De la “autonomía funcional” que señala el art. 120 se desprende en forma inequívoca una conclusión. El Poder Ejecutivo no puede impartir instrucciones a ninguna de sus dos cabezas: el procurador general de la Nación y el defensor general de la Nación. Esto está debidamente aclarado por el art. 1 de la ley reglamentaria, que dispone que el Ministerio Público “ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, *pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura*”.

El art. 120 de la Constitución describe como funciones “*promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República*”.

En líneas generales podemos distinguir, entonces, las siguientes funciones específicas que están descriptas en la ley reglamentaria:

- a) intervenir en las cuestiones que afecten el orden público. Esto es —más allá de la labilidad del concepto de *orden público*— lo que debe entenderse por defensa de la legalidad;
- b) ejercer la acción penal en los delitos de acción pública;
- c) intervenir en los asuntos en los que resulten comprometidos menores, incapaces o ausentes;
- d) proveer a la defensa de los derechos de los imputados en las causas penales cuando por razones legales o de pobreza se requiera su intervención.

El artículo 1, párrafo 3°, de la ley reglamentaria especifica que “el principio de unidad de actuación debe entenderse sin perjuicio de la autonomía que corresponde como consecuencia de la especificidad de las funciones de los fiscales, defensores, tutores o curadores públicos, en razón de los diversos intereses que deben atender como tales”.

El art. 27 determina en forma expresa que “quedan excluidas de las funciones del Ministerio Público la representación del Estado y/o del Fisco en juicio...”.

3. Independencia.

Como dijimos, la Constitución prevé expresamente dos cabezas para el Ministerio Público, es decir, dos ramas. Una dirigida por el Procurador General de la Nación, que tiene a su cargo intervenir en defensa de la legalidad y ejercer la acción penal en los casos de los delitos de acción pública.

La otra rama interviene cuando resulten comprometidos los menores, incapaces o ausentes, y el Estado deba asumir la tarea de defensa. También cuando lo hace por razones de pobreza. Esto está reconocido expresamente en el art. 2 de la ley reglamentaria.

El dilema sustancial, aún pendiente, es si el Procurador General podrá asignar determinados casos a determinados fiscales o sustituirlos, o si estas funciones le estarán vedadas. También si será necesario que los fiscales deban insistir en su acusación en todas las instancias. Estos dos temas atañen a la esencia de la independencia del Poder Judicial en las causas penales.

La ley 24.946 expresa que en caso de recusación, excusación, impedimento, ausencia, licencia o vacancia *los reemplazos se harán en la forma que establezcan las leyes o reglamentaciones correspondientes* (art. 11). En lo que concierne a las instrucciones ha determinado lo siguiente (art. 31):

a) cuando un miembro actúe en cumplimiento de instrucciones emanadas del Procurador o del Defensor General de la Nación, podrá dejar a salvo su opinión personal;

b) el integrante del Ministerio Público que recibiera una instrucción que considere contraria a la ley, pondrá en conocimiento del Procurador o del Defensor General, según sea el caso, su criterio disidente mediante un informe fundado;

c) cuando la instrucción general objetada concierna a un acto procesal sujeto a plazo o que no admita dilación, quien la recibiera la cumplirá en nombre del superior;

d) si la instrucción objetada consistiese en omitir un acto sujeto a plazo o que no admita dilación, quien lo realice actuará bajo su exclusiva responsabilidad, sin perjuicio del ulterior desistimiento de la actividad cumplida.

Es decir que, aun actuando en cumplimiento de instrucciones emanadas de sus superiores jerárquicos, la ley garantiza la libertad de criterio del funcionario.

En lo referente a la relación entre el Poder Ejecutivo y el Procurador o el Defensor General, el art. 27 autoriza a que aquél, por intermedio del Ministro correspondiente, que en la actualidad

es el de Justicia, se dirija “al Procurador o al Defensor General, según el caso, a fin de proponerles la emisión de instrucciones generales...”.

Es decir que, en el marco del respeto de la independencia de los organismos y el principio de que actúa *sin sujeción a instrucciones o directivas* emanadas de órganos ajenos a su estructura, el Ejecutivo está autorizado para proponer la emisión de instrucciones.

Podemos recordar que, de acuerdo con el art. 23, el Ministerio Público se relaciona con el Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Justicia y con el Poder Legislativo por intermedio de una Comisión Bicameral.

4. Organización.

En el art. 3 se define la organización del Ministerio Público Fiscal. Debajo del Procurador General está el Procurador ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas; luego los fiscales generales y de Investigaciones Administrativas, los fiscales adjuntos y los fiscales auxiliares.

Una organización semejante tiene el Ministerio Público de la Defensa. Debajo del Defensor General están los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego los defensores en las diversas instancias y los defensores auxiliares. Los Tutores y Curadores Públicos integran el Ministerio Público de la Defensa.

De acuerdo con el art. 5 de la ley reglamentaria, el Procurador General y el Defensor General son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado por el voto de los dos tercios de sus miembros presentes. Para el nombramiento de los fiscales, las cabezas del Ministerio elevan una terna al Ejecutivo, el que selecciona un candidato y eleva la propuesta al Senado, que, en su caso, presta el acuerdo por simple mayoría de los presentes. Los actuales miembros del Ministerio Público gozan de estabilidad y sólo pueden ser removidos por decisión del Jurado de Enjuiciamiento que la ley prevé (art. 70).

5. Inmunities e intangibilidad de la remuneración.

El art. 120 de la Constitución finaliza diciendo:

“Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad en sus remuneraciones”.

El concepto de inmunidad constitucional era harto genérico. Pero ha sido puntualizado en la ley reglamentaria (art. 14):

a) no podrán ser arrestados excepto en caso de ser sorprendidos en flagrante delito;

b) estarán exentos del deber de comparecer a prestar declaración como testigos ante los tribunales. En su defecto, deberán hacerlo por escrito;

c) los miembros del Ministerio Público no podrán ser condenados en costas en las causas que intervengan.

La inmunidad de arresto merece algunas consideraciones. En efecto, hemos visto las razones que justifican esta inmunidad funcional para los legisladores, que evita que sean perseguidos políticamente. Los presupuestos no son tan claros en el caso de los miembros del Ministerio Público Fiscal y mucho menos de la defensoría oficial.

Tengo para mí que el sentido del vocablo inmunidad en el contexto del art. 120 se refiere más bien a las garantías de inamovilidad. La ley ha previsto en los artículos 18, 19 y 20 mecanismos especiales de remoción. El Procurador General y el Defensor General sólo pueden ser removidos por el procedimiento del juicio político. Los restantes magistrados por el Tribunal de Enjuiciamiento mediante el procedimiento que fija la ley.

Esto está expresamente vinculado con el tema de la *intangibilidad de las remuneraciones*. Vimos también en el Capítulo XIII que la previsión del art. 110 de la Constitución implica un reaseguro para la inamovilidad de los jueces. Si los poderes políticos pudieran establecer a su arbitrio la remuneración que corresponde a los jueces, éstos perderían en los hechos su estabilidad. Inamovilidad e intangibilidad de las remuneraciones son conceptos relativos. Comprenden también la garantía de la sede y la de no ser promovidos o designados en el Poder Judicial sin la expresa autorización del interesado.

La ley reglamentó la *autarquía financiera* en el artículo 22, que dispone:

“A los efectos de asegurar su autarquía financiera, el Ministerio Público contará con crédito presupuestario propio, el que será atendido con cargo a rentas generales y con recursos específicos.

”El Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, elaborarán el proyecto de presupuesto y lo remitirán

al Congreso para su consideración por intermedio del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”.

Debemos recordar que el Poder Ejecutivo promulgó parcialmente la ley (dec. 300/98) y vetó el párrafo 3° de este artículo, que disponía:

“El Poder Ejecutivo sólo podrá formular las observaciones que estime apropiadas pero sin modificar su contenido, debiéndolo incorporar en el proyecto de presupuesto general de la Nación”.

Los fundamentos del veto consistieron en que el Poder Ejecutivo es quien debe fijar anualmente el Proyecto de Ley de Presupuesto General, que condiciona, de acuerdo con los recursos disponibles, el nivel de gastos de la Administración Nacional. Es decir que el Poder Ejecutivo debe establecer los límites en las erogaciones y el Congreso es quien puede disponer aumentos en las autorizaciones para gastar, compensando con reducciones en otras jurisdicciones o estableciendo las fuentes de financiamiento de los incrementos.

La autarquía económica queda, entonces, limitada, en criterio que comparto, al diseño del presupuesto, el que en última instancia puede ser modificado por el Ejecutivo o el Congreso.

6. Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

De acuerdo con lo que dispone la ley 24.946, también es parte del Ministerio Público Fiscal la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, que constituye un órgano dependiente de la Procuración General de la Nación (art. 43). Sus funcionarios tienen, desde luego, las mismas inmunidades que el resto de los miembros del Ministerio Público, ya sea Fiscal o de la Defensa, y son nombrados y removidos por los mismos procedimientos.

Está integrada por el Fiscal General de Investigaciones Administrativas y los demás fiscales.

Sus objetivos primordiales son:

a) “promover la investigación de la conducta administrativa de los *agentes* integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada, y de las empresas, sociedades u otro ente en que el Estado tenga participación”;

b) “efectuar investigaciones en toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades”.

7. Los fiscales en materia no penal.

La doctrina crítica, en general, la supervivencia del ministerio público fiscal en materia civil, comercial, contenciosoadministrativa y laboral. Compartimos estas críticas.

En puridad, como lo afirma Cueto Rúa, la institución subsiste por la trama de relaciones construidas por su existencia en el pasado. “Poca preocupación parece haber causado la pérdida de tiempo en los litigios, debida a las vistas fiscales y sus consecuencias” (p. 707).

Hugo Alsina, después de considerar que “en materia penal, la opinión es unánime en el sentido de que el ministerio público fiscal asegura la represión de los delitos y facilita el mantenimiento del orden público”, sostiene que “...no ocurre lo mismo en materia civil, en que la conveniencia de la institución es sumamente discutida... Pudiendo el juez aplicar de oficio las disposiciones que interesan al orden público, sean de carácter civil, procesal o de cualquier otra naturaleza, la intervención fiscal es superflua y en la práctica se convierte en uno de los más serios obstáculos para el desarrollo rápido de los procesos, tanto más cuanto se le asigna la calidad de parte necesaria, con derecho a exigir traslados, proponer diligencias e interponer recursos. De aquí que en distintas oportunidades se haya aconsejado su supresión en materia civil y comercial, sin que con ello deba resentirse la justicia... Mucho ganaría pues nuestra justicia si se eliminara esta quinta rueda del carro como con razón se la ha calificado” (ps. 513 y 514).

Tomás Jofré señala que “en nuestro vicioso procedimiento escrito, los traslados o vistas a los representantes del Ministerio Público, repetidos hasta la fatiga en los asuntos en que intervienen, son una rémora de la justicia”. “Es indispensable para ello que el juez dicte un decreto; que ese decreto se notifique a las partes; que el expediente pase al fiscal; que éste opine por escrito... que el juez resuelva, si no se le ocurre llamar a autos, es decir, hacer saber solemnemente que va a estudiar, como si ello necesitase anunciarse y no fuera su exclusiva misión... El juez con largos años en la magistratura y profesor de derecho, no necesita de lazarillos que generalmente saben menos que él y no tienen su experiencia. Es la quinta rueda agregada al carro para que marche peor” (ps. 225 y 226).

Julio César Cueto Rúa recuerda que la tercera Conferencia Nacional de Abogados de 1933 declaró que “el Ministerio Público debe ser una magistratura especial acreditada ante los tribunales

con función exclusiva de ejercer la acción penal". Y agrega: "Han pasado sesenta años... Los expedientes siguen yendo y viniendo de la oficina del fiscal consumiendo tiempos y energías a todos los involucrados: las partes, los abogados y los jueces". Señala que en un juicio contencioso en que estén interesados menores intervienen once letrados antes de lograr una sentencia de segunda instancia.

De hecho, el art. 120 de la Constitución ha privado al Ministerio Público de su función de defender los intereses patrimoniales del fisco. Antes del dictado de la ley reglamentaria se omitió abrir un debate acerca de la conveniencia de mantener el Ministerio Público en materia no penal.

Los jueces están obligados a asegurar la vigencia del derecho y la protección del orden público. Parece claro que los fiscales duplican innecesariamente estas funciones.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal*, t. I, Cap. X, 1941.

Carlos E. Colautti, *Dependencia y estabilidad del Ministerio Público*, "L.L.", 1983-B, p. 608.

Julio César Cueto Rúa, *El Ministerio Público Fiscal en materia civil, comercial, contencioso-administrativa y laboral: una institución innecesaria*, "L.L.", 1993-B, p. 706.

Tomás Jofré, *Manual de Procedimientos*, t. I, Cap. VIII, 1941.

Ricardo O. Sáenz, *El Ministerio Público (Bases para la Ley Orgánica Nacional)*, "L.L.", 17/8/95.

CAPÍTULO XVII

LAS EMERGENCIAS CONSTITUCIONALES

A) PRINCIPIOS GENERALES

La emergencia se puede describir como una combinación de circunstancias que requieren acciones inmediatas. En el campo del derecho, estas acciones se ven reflejadas en normas.

En los hechos, podemos distinguir entre las emergencias de tipo político y las de tipo económico. Es una desafortunada verdad que durante más de cincuenta años nuestro país vivió casi sin interrupción situaciones de emergencia política. Quizá sea un eufemismo denominar a los sucesivos golpes militares como situaciones de emergencia. Pero, sea como fuere, las crearon, y desde el punto de vista normativo estructuraron un orden desvinculado del principio de la soberanía popular y que, al negar el sistema de controles propio del orden republicano, estableció situaciones que quizá con mayor propiedad podríamos denominar de sumersión o de sometimiento.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sus conocidas acordadas del 10 de septiembre de 1930 ("Fallos", 158:290) y del 7 de junio de 1943 ("Fallos", 196:5), reconoció —con fundamentos relacionados con los hechos consumados— a los gobiernos militares que habían asumido días antes de dichos acuerdos:

“Esta Corte ha declarado respecto de los funcionarios de hecho —expresó— que la doctrina constitucional e internacional se uniforma en el sentido de dar validez a sus actos, cualquiera que pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos o de su elección, fundándose en razones de policía y de necesidad y con el fin de mantener protegido al público y a los individuos cuyos intereses pudieran ser afectados, ya que no les sería posible a estos últimos realizar investigaciones ni discutir la legalidad de las designaciones de funcionarios que se hallan en aparente posesión de sus poderes y funciones.

“El gobierno provisional que acaba de constituirse en el país —continúa— es pues un gobierno de facto cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas, en cuanto ejercita la función administrativa y política *derivada de su posesión de la fuerza* como resorte de orden y seguridad social”.

1. El artículo 36 de la Constitución.

La reforma de 1994 ha incorporado una disposición que implica calificar como desacertada a esta jurisprudencia del tribunal. En efecto, el art. 36 dispone:

“Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos”.

El principio diseñado es impecable desde el punto de vista teórico. Es preciso enfocarlo dentro de nuestro contexto histórico de golpes militares y proscripciones, y de las huellas indelebles que marcó el terrorismo de Estado impulsado por la dictadura que tuvo que abandonar el poder en 1983. Implica la intención de una comunidad de rechazar todo intento de quebrantamiento de la Constitución. La técnica es susceptible de críticas, dado que es claro que todo acto que se base exclusivamente en la fuerza es nulo. Vale como expresión de un propósito pero no constituye derecho.

La norma se remite al art. 29 de la Constitución que reflejó el sentimiento político que imperaba en 1853 y que califica como “infames traidores a la patria” a los miembros del Poder Legislativo que “concedan facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones o supremacías por las cuales la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna”.

En el segundo párrafo del art. 36 se establecen los lineamientos generales de la tipificación penal:

“Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas”.

Continúa diciendo:

“Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas por las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán

civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles”.

Es claro que en el aspecto represivo este artículo no significa enriquecimiento a lo que ya estaba dispuesto en los arts. 226 y siguientes, introducidos en el Código Penal por la Ley de Defensa de la Democracia (ley 23.077)¹. Es decir que se limita a dar rango constitucional a principios ya existentes.

En cambio, consideramos de interés tres aspectos.

En primer lugar, se introduce expresamente la responsabilidad civil de quienes realicen los actos descritos en los párrafos 1º y 3º del art. 36. Es decir, quienes *realicen actos de fuerza contra*

¹ Las normas del Código Penal introducidas por la ley de defensa de la democracia disponen lo siguiente:

Art. 226: “Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales”.

El segundo párrafo describe el tipo agravado:

“Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión”.

Art. 227 bis: “Serán reprimidos con las penas establecidas para los traidores a la patria... los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional que consintieren la consumación de los hechos descritos en el art. 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza de la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpan tales poderes.

”Se aplicará de uno a ocho años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta por el doble de la condena, a quienes en los casos previstos en el párrafo anterior, aceptaren colaborar continuando en funciones o asumiéndolas con las autoridades de facto, en alguno de los siguientes cargos: ministros, secretarios de estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o empresas del estado, sociedades de economía mixta o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales o miembros del ministerio público fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento nacional y de las legislaturas provinciales”.

el orden institucional y el sistema democrático que interrumpieren la observancia de la Constitución o quienes usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias. Es necesario precisar que la enumeración de funciones que indica el art. 227 bis del Código Penal resulta más extensa que la de la Constitución.

También tiene interés la sanción de inhabilitación a perpetuidad para desempeñar cargos públicos que dispone la norma y, asimismo, la previsión de que quedan *"excluidos... del indulto y la conmutación de penas"*. Es probable que por un error de redacción los convencionales hayan omitido referirse a la posibilidad de que se dicte una ley de amnistía. Compartimos la opinión de Bidart Campos en el sentido de que ningún delito tipificado directamente por la Constitución puede merecer los beneficios del indulto, de la amnistía o de la conmutación de penas. Esto, en razón de que los poderes constituidos no pueden modificar el efecto de las incriminaciones que en forma directa realiza la Constitución.

Por último, destacamos la directiva de que las acciones tanto penales como civiles son imprescriptibles. Constituye una garantía de que los delitos tipificados podrán ser siempre juzgados una vez concluido el hecho de fuerza y reinstaurado el sistema de la República.

El párrafo 4º del art. 36 dispone:

"Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo". Es conveniente realizar alguna precisión.

En efecto, el derecho de resistencia que la doctrina ha discutido desde que el hombre comenzó a pensar en "cómo se piensa" y que se ilustra, con frecuencia, con el ejemplo de la rebelión de Antígona contra el decreto de Creón, se refiere a las órdenes injustas. El que describe la Constitución configura un derecho respecto de las autoridades ilegítimas e ilegales, cualquiera que sea la valoración que merezcan las normas que emitan. Es decir que tiene el carácter de derecho y, a la vez, de garantía del régimen republicano democrático. Es un derecho de resistencia vinculado con la legitimidad del régimen y no con la legitimidad sustancial de las directivas. Implica una garantía respecto del orden constitucional.

Es poco probable que la norma opere durante el gobierno de fuerza, pero adquiere plena operatividad en el mismo momento en que se reinstaura el sistema democrático. Es decir que debería operar como una amnistía inmediata y automática. Todos los

hechos de fuerza realizados en respuesta a quienes usurparon, también por la fuerza, “las funciones previstas para las autoridades de esta Constitución”, deben quedar automáticamente desincriminados.

B) LA EMERGENCIA ECONÓMICA

Hasta la reforma de 1994, la única emergencia que mencionaba la Constitución era la emergencia política prevista en el art. 23, que veremos luego.

En el Capítulo VIII recordamos que la doctrina nacional es coincidente en afirmar que en tiempos de normalidad, y en virtud de lo establecido por los arts. 14 y 19, última parte, de la Constitución, las libertades individuales sólo pueden ser restringidas por ley formal del Congreso.

Como decíamos, la Constitución, hasta la reforma de 1994, no preveía la posibilidad de sancionar normas excepcionales en casos de emergencia económica, con fundamento en la necesidad o, como se afirmó en el caso “Peralta” (CS, diciembre 27-990, “L.L.”, 1991-C-140), en el objetivo de “asegurar la supervivencia de la sociedad argentina”.

Aun con la introducción del concepto de emergencia económica en la Ley Fundamental (art. 99, inc. 3), es preciso tener en cuenta que, a partir del caso “Soffa” (“Fallos”, 243:504, 1959), los tribunales han asumido el control de razonabilidad de las medidas tomadas durante las situaciones de excepción. En consecuencia, la declaración de la emergencia económica implica una directiva para el Poder Judicial, que deberá tener en cuenta que determinadas restricciones patrimoniales que serían juzgadas irrazonables o excesivas en épocas de normalidad pueden ser convalidadas en razón de la situación excepcional.

Dentro de este marco, es conveniente retener dos principios: a) durante las situaciones de emergencia económica, a diferencia de lo que ocurre durante el estado de sitio, no se suspenden las garantías constitucionales (“Russo, Ángel c. Delle Donne”, “Fallos”, 243:467, 1959); b) es posible acotar el concepto de derechos adquiridos y de libertad contractual, pero las restricciones, a tenor de lo dispuesto por el art. 17 de la Constitución Nacional, no pueden equivaler a una confiscación.

En general, la doctrina ha aceptado como presupuestos de la ley que dispone medidas en virtud de la emergencia económica los establecidos por la Suprema Corte de Estados Unidos en “Home

Building & Loan vs. Blaisdell” (“Fallos”, 172:21, 1934), es decir: a) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; b) que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la comunidad y no intereses particulares; c) que las restricciones sean razonables, acordando un alivio justificado por las circunstancias, y d) que su duración sea limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria su declaración. Estos principios han sido reiterados por nuestra Corte Suprema desde la década del '30 (“Avico c/ de la Pesa”, “Fallos”, 172:21, 1934) hasta sus pronunciamientos más recientes.

En aquella decisión, la Corte, con cita del caso “Home Building”, convalidó la ley de moratoria hipotecaria dispuesta por el Congreso, con fundamento en que si bien los derechos que el contrato acuerda al acreedor constituyen *su propiedad*, como todos los bienes que forman su patrimonio, también es cierto que *la Constitución no reconoce derechos absolutos*. En el caso “Ángel Russo c/ Delle Donne” (“Fallos”, 243:467, 1959), el tribunal decidió por voto unánime, aunque con disidencias de fundamentos, la constitucionalidad de la suspensión de un lanzamiento dispuesto por sentencia firme. Ello, en virtud de la prórroga legal de las locaciones que se había dispuesto con motivo de la emergencia económica. Reconoció de ese modo, citando a “Avico”, la constitucionalidad, mediando una emergencia, de las leyes “que suspenden temporariamente los efectos de los contratos libremente convenidos, así como los efectos de las sentencias firmes”. En el caso “Cine Callao” (“Fallos”, 247:121, 1960; “L.L.”, 100-45), la Corte declaró que no causaba lesión al derecho de propiedad obligar a los propietarios de los cinematógrafos a que contrataran lo que se denominó “número vivo”, es decir, artistas que realizaran un espectáculo en vivo. Esta decisión de la Corte fue precedida por un dictamen del procurador general Sebastián Soler, quien propiciaba la declaración de la inconstitucionalidad de la ley con fundamento en que lesionaba el principio de igualdad, dado que consagraba “para una categoría de personas un verdadero privilegio cuya repercusión económica incide perjudicialmente sobre otra”.

En el caso “Práctico” (“Fallos”, 246:342, 1960; “L.L.”, 102-714), se reconoció la constitucionalidad de los decretos que, alegando una delegación legislativa y con fundamento en la emergencia económica, habían dispuesto un aumento retroactivo de salarios en el sector privado. Es decir que durante y en razón de la emergencia —que en ese caso no había sido establecida por ley—

se podía hacer excepción al principio de que las restricciones a los derechos individuales deben ser dispuestas por el Congreso.

El denominado Plan Austral, que al cambiar el signo monetario sometió a todos los contratos a un reajuste en su valor, se instrumentó mediante el dec. 1096/85. Este decreto fue reglamentado, a su vez, por otros decretos, como el 1567/85 sobre interpretación del precio de las locaciones. La Corte admitió la constitucionalidad de estas normas en el caso "Porcelli" (CS, abril 20-1989).

En el caso "Peralta" ya citado, la Corte convalidó el canje obligatorio —dispuesto por un decreto de necesidad y urgencia— de los depósitos bancarios a plazo fijo por certificados de bonos externos, es decir, modificó los términos de un contrato celebrado entre terceros. En aquella oportunidad no medió ley ni tampoco la alegación de una delegación legislativa.

El fundamento de validez de las normas dictadas en la emergencia reside, como hemos recordado, en la necesidad, principio que está estrechamente vinculado con el de la autopreservación del "Estado" o de la "comunidad", cuya alegación ha dado lugar a tantos abusos contra los derechos civiles. Tanto la necesidad como la urgencia corresponden al ámbito del ser sociológico y no al deber ser jurídico. En consecuencia, la emergencia sólo puede ser ordenada por los poderes políticos y determinar su existencia es cuestión que excede al control judicial, que se limita a controlar la razonabilidad de las restricciones dispuestas con fundamento en la emergencia.

En sustancia, los argumentos de la Corte para justificar las restricciones a los derechos patrimoniales durante la emergencia económica pueden ser resumidos, conforme a los fundamentos esgrimidos en "Peralta", de la siguiente forma:

a) Corresponde reconocer la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporariamente tanto los efectos de las sentencias firmes como los de los contratos, siempre que no se altere la sustancia de los mismos, a fin de proteger el interés público en presencia de graves perturbaciones de carácter económico.

b) El ejercicio del poder público sobre personas y bienes se extiende al ámbito económico y social en procura del bienestar general.

c) En momentos de perturbación social y económica, es posible ejercer el poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en momentos de sosiego y normalidad.

d) No son inconstitucionales las normas que, por razones de necesidad, limitan temporalmente la percepción de los beneficios

derivados de la propiedad o restringen el uso que puede hacerse de ella.

En general, las decisiones de la Corte reiteran el principio de que en el derecho argentino no hay derechos absolutos y que todos se supeditan a las leyes que reglamentan su ejercicio. Al comienzo de este Capítulo hemos recordado que la Constitución de 1853/60 no preveía expresamente las emergencias económicas. No obstante, el Congreso, como hemos visto, ha hecho uso reiterado de atribuciones excepcionales en estas situaciones.

La reforma de 1994 ha ampliado expresamente las facultades del Poder Ejecutivo durante la emergencia y ha incluido como instituciones constitucionales los decretos de necesidad y urgencia que vimos en el Capítulo XII. Este tipo de decretos puede dictarse “cuando *circunstancias excepcionales* hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes” (art. 99, inc. 3, párrafo 3º). La Constitución establece como una de las excepciones la materia tributaria.

Asimismo, la reforma de 1994 habilita al Congreso para delegar atribuciones legislativas en el presidente en materias de emergencia pública (art. 76). Dado que las emergencias políticas están expresamente previstas en el art. 23, debemos entender que las emergencias públicas a las que se refiere la norma son sustancialmente las económicas (ver Cap. XII).

C) EL ESTADO DE SITIO

1. Conceptos preliminares.

El estado de sitio, como situación de excepción, tiene antecedentes desde los primeros documentos de nuestra historia constitucional. Ya el decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811 establecía en su art. 11: “*sólo en el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la patria, podrá el gobierno suspender este decreto mientras dure la necesidad, dando cuenta inmediatamente a la asamblea general con justificación de los motivos y quedando responsable en todos los tiempos de esta medida*”. Estos conceptos, que acotaban en forma muy marcada las atribuciones del Poder Ejecutivo, se repitieron con leves cambios en todos los documentos posteriores, es decir, el Estatuto de 1815, el Reglamento de 1817 y las Constituciones de 1819 y de 1826. En estas últimas era atribución exclusiva del Congreso, con lo cual impedía que la

suspensión de las garantías fuera decidida por quienes ejercían la función ejecutiva.

Alberdi incluyó la institución en el art. 28 del Proyecto que acompañó la segunda edición de las *Bases*... Se inclinó por reglarla conforme a lo dispuesto por el art. 161 de la Constitución de Chile de 1833 y se apartó en esto de los antecedentes nacionales que hemos citado².

En su primera parte, el texto vigente dispone: "*En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden...*" (art. 23).

Advertimos que parte muy prestigiosa de la doctrina sostiene que el estado de sitio puede ser dictado para encontrar solución a emergencias económicas. Esta tesis es defendida con gran lucidez por Miguel Ángel Ekmekdjian (*Tratado...*, t. IV, p. 632). Desde nuestro punto de vista, ésta es una herramienta destinada exclusivamente a encontrar remedio a emergencias políticas, que son las únicas que pueden poner en peligro el ejercicio de esta Constitución. Las emergencias económicas tienen su cauce de solución mediante la sanción de una ley en la cual se declare la emergencia, de modo tal que se podrán ejercer limitaciones —exclusivamente en lo que se refiere a los derechos patrimoniales— que podrían ser consideradas inconstitucionales en tiempos de normalidad.

2. Causas.

El art. 23 enumera dos causas o circunstancias de hecho alternativas: *el ataque exterior y la conmoción interior*. Ambas

² El Proyecto establecía: "Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Confederación en caso de ataque exterior, por un término limitado y con acuerdo del Senado de las provincias. En caso de conmoción interior, sólo tiene esa facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones previstas en el art. 28 de la Constitución".

A su vez, el art. 28 preveía: "Declarado en estado de sitio un lugar de la Confederación, queda suspenso el imperio de la Constitución dentro de su recinto. La autoridad en tales casos ni juzga ni condena, ni aplica castigos por sí misma y la suspensión de la seguridad personal no le da más poder que el de arrestar o trasladar a las personas a otro punto dentro de la Confederación, cuando ellas no prefieran salir fuera".

deben tener suficiente entidad como para *poner en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella*.

La existencia de la primera circunstancia es objetiva; no depende de una evaluación de los poderes políticos. No ocurre lo mismo con la segunda, frente a la cual se presentan dos interrogantes. En primer lugar, qué se entiende por *conmoción* y, en segundo término, qué grado de *conmoción* es necesario para que pueda declararse el estado de sitio en virtud de que aquélla pone en peligro el ejercicio de la Constitución. Esta evaluación es privativa de los poderes políticos.

a) Ataque exterior.

Nuestros antecedentes registran un solo caso de declaración del estado de sitio por ataque exterior³. Fue en 1865, cuando las fuerzas de la República del Paraguay, que estaba en guerra contra el Imperio del Brasil, invadieron territorio de la provincia de Corrientes. El Congreso estaba en receso y el presidente Mitre dictó el decreto del 16 de abril por el cual dispuso el estado de sitio. Al iniciarse el período legislativo, envió al Senado una copia del decreto con pedido de aprobación y solicitó autorización para declarar la guerra. El Senado concedió acuerdo al estado de sitio y el Congreso autorizó la declaración de la guerra. Es oportuno consignar que en el debate producido en la Cámara se cuestionó el alcance territorial de la medida que había sido decretada en todo el país. La Comisión de Asuntos Constitucionales recomendó que se aprobara el decreto pero limitándolo a las provincias de Corrientes, Entre Ríos y Santa Fe. Finalmente, se aprobó en la forma solicitada por el Poder Ejecutivo (*Diario de Sesiones*, Senado de la Nación, año 1865, ps. 55 a 57).

b) Conmoción interior.

Advertimos previamente que las palabras “conmoción interior” carecen de la calidad unívoca del ataque exterior. Joaquín V. González recuerda que la Constitución no ha empleado los vocablos de otras constituciones: “rebelión”, en Estados Unidos; “sedición interior” en las leyes francesas. Ha utilizado “la voz

³ Es conveniente recordar que, en ocasión de la guerra del Atlántico Sur de 1982, el estado de sitio ya regía en todo el país desde 1974, año en el que había sido establecido por el gobierno constitucional mediante un decreto-ley y con fundamento en la *conmoción interior*.

genérica comprensiva «*conmoción*» que expresa toda perturbación o inquietud violenta que haga temer un peligro inminente para la paz y el orden público constitucional”. La función del estado de sitio consiste, esencialmente, en proteger la Constitución y las autoridades creadas por ella. Constituye un instrumento de defensa de la Constitución. Por eso, son los poderes políticos los que tienen a su cargo decidir si se verifica la situación de *conmoción interior* que genera peligro.

3. Control de legitimidad.

La ley 23.098, reglamentaria del *habeas corpus*, dispone que “cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de *habeas corpus* podrá tender a comprobar en el caso concreto: I. La legitimidad de la declaración del estado de sitio...”.

Esta cláusula no implica que los jueces puedan revisar la apreciación de los hechos y el sentido de oportunidad, que son materia no justiciable. Pero confiere a los jueces atribución para revisar los aspectos formales de la norma, referidos a la competencia, el plazo y el ámbito de aplicación.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la cuestión en el caso “Granada” (CS, diciembre 3-1985, “L.L.”, 1986-B-225). En esa sentencia diseñó los siguientes principios:

a) En lo concerniente a la legitimidad, “no cabe entender que haya sido la intención del legislador apartarse de reiterada jurisprudencia del tribunal que ha reconocido como facultades privativas de los poderes Legislativo y Ejecutivo las referentes a apreciar las circunstancias de hecho que tornan aconsejable la adopción de tal recurso, por lo cual la decisión de dichos poderes que instauro el estado de sitio no resulta revisable por los jueces”.

b) Con cita del informe del senador De la Rúa, autor del proyecto, señaló que “no se trata de que el Poder Judicial pueda expedirse sobre la oportunidad con que estos poderes declaran el estado de sitio o la apreciación que hagan de los hechos que lo fundamentan”.

c) Concluye que el texto del art. 4 de la ley 23.098, si bien excluye la apreciación de los hechos que determinan el acto, incluye los requisitos de competencia del órgano que lo estableció y “lo relativo no sólo a las modalidades extrínsecas de la ley o del decreto declarativos del estado de sitio, sino también a posibles requisitos sobre el contenido necesario del acto, como lo son el

plazo expreso y la determinación del lugar, puntos éstos reiteradamente considerados por la jurisprudencia del tribunal”.

4. Alcances.

El estado de sitio por conmoción interior es a la vez *defensivo* y *represivo*, dado que autoriza al Poder Ejecutivo para hacer uso de la fuerza necesaria para suprimir la conmoción. La Ley de Seguridad Interior, en su art. 24, autoriza que la Policía Federal y las fuerzas de seguridad del Estado (Gendarmería y Prefectura Naval) actúen en el territorio de las provincias aun sin requisición de los gobernadores en el caso de que se haya declarado el estado de sitio.

Joaquín V. González advierte que el estado de sitio también puede ser *preventivo*. Sostiene que “la facultad de declarar el estado de sitio puede usarse no sólo en el momento del ataque o conmoción, sino con más eficacia y quizá con más propiedad, para prevenir esa conmoción o ataque y fuera del lugar en que la situación violenta se ha producido”.

Esta posición es refutada por Linares Quintana (*Tratado...*, t. V, ps. 383 y ss.) y Montes de Oca (*Lecciones...*, t. I, p. 609). Creemos que entraña un evidente peligro sostener que los poderes políticos están autorizados por la Constitución para suspender garantías constitucionales cuando no existe ni conmoción ni ataque exterior y donde sólo puede existir una presunción de que pueda generarse un peligro para las instituciones. La democracia siempre tiene sus riesgos; no es de la esencia de un sistema pluralista mantener la paz propia de los sepulcros. No parece que sea una vía indicada disponer medidas excepcionales ante una mera presunción. Para que se configure la conmoción interior es necesario que se verifiquen hechos relevantes, cuyo efecto lógico sea poner en peligro “el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella”.

5. Órganos competentes.

El art. 75, inc. 29 (antes, art. 67, inc. 26, sin reformas), de la Constitución dispone como competencia del Congreso: “Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de *conmoción interior*, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo”. Es inequí-

voco que la esencia del acto es legislativa, dado que sus efectos son *suspender garantías constitucionales*; el inc. 16 del art. 99 subraya esta característica cuando afirma —siguiendo al Proyecto de Alberdi— que “*es atribución que corresponde a este cuerpo*”. El presidente sólo puede dictarlo durante el receso. La medida debe ser comunicada al Congreso para que éste apruebe o suspenda el estado de sitio declarado.

Excede los límites de este trabajo hacer una historia de las múltiples ocasiones en las que el Poder Ejecutivo ha declarado el estado de sitio durante el receso. En un estudio hecho hasta 1986, y que se refiere exclusivamente a los gobiernos constitucionales, Molinelli apunta que el estado de sitio fue declarado en 44 oportunidades, 28 de ellas por decreto y 16 por ley. Si se descarta el caso de 1865, único por ataque exterior, 27 fueron con plazos fijados y 16 sin plazo (ps. 1094 y 1095). Podemos recordar que durante los últimos meses del gobierno constitucional que finalizó con el golpe de 1976, el Poder Ejecutivo declaró el estado de sitio, acerca del cual no hubo pronunciamiento del Congreso, que estuvo en vigencia durante toda la dictadura militar.

Los presidentes Alfonsín y Menem han declarado el estado de sitio durante el período de sesiones ordinarias del Congreso y, en ambos casos, a las pocas horas éste aprobó la declaración.

El art. 61 de la Constitución dispone: “*Corresponde también al Senado autorizar al presidente de la Nación para que declare en estado de sitio, uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior*”. El texto es concordante con lo dispuesto por el art. 99, inc. 16 (ambas normas sin modificaciones en 1994). Joaquín V. González justifica la competencia del Senado aportando dos argumentos: “1°) porque desempeña funciones consultivas y por la urgencia que el caso supone en cuya virtud se resume el poder del Senado, más fácil de convocar y de reunir que todo el Congreso para prestar su acuerdo; 2°) porque la Constitución por regla general ha requerido el acuerdo de este cuerpo en todos los casos en que el presidente ejerce funciones representativas de la soberanía nacional, tanto en relación con el exterior como respecto de la formación de los poderes en el orden interno”.

Las provincias no pueden declarar el estado de sitio. Ésta es una competencia privativa del gobierno federal. Podemos recordar que, en virtud de la atribución que la Constitución de 1853 (antes de la reforma de 1860) confería al Congreso de la Nación de examinar las de las provincias, el Congreso suprimió la facultad de declarar el estado de sitio en algunas que lo consignaban, como Mendoza, La Rioja, San Luis y Corrientes (Joaquín V. González,

p. 251). Es conocida la polémica que se planteó en 1862 y 1863 entre Sarmiento, gobernador de San Juan, y el ministro del Interior Rawson, en la que éste sostuvo como argumento básico que la atribución pertenece al Congreso de la Nación y en consecuencia ha sido delegada por las provincias, y que consistiendo en una suspensión de garantías que la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes, es a la representación nacional a quien corresponde disponer dicha suspensión (ver Gregorini Clusellas, p. 243).

6. Duración.

La Constitución de 1853/60 dispuso que en caso de ataque exterior la declaración debía ser *"por un término limitado"* (art. 86, inc. 19; hoy, 99, inc. 16). No existía la misma previsión en lo referente a los casos de conmoción interior. De hecho, en diversas oportunidades la declaración no tuvo plazos. Ya nos hemos referido al decreto dictado por el gobierno constitucional en los primeros meses de 1976, que perduró hasta 1983.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos que forma parte de la Constitución señala, en el art. 27, inc. 1, que "en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, *en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación*, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención...". En el inc. 3 completa esta disposición: "Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del secretario general de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".

Es decir que en nuestro sistema actual, en todos los casos, el estado de sitio debe ser declarado por tiempo determinado.

7. Efectos.

La segunda parte del art. 23 señala como efectos: *"quedando suspendas allí las garantías constitucionales..."*.

Más allá de la historia de la polémica doctrinaria sobre el alcance que debe concederse al concepto de garantías en el marco del art. 23, podemos afirmar que hoy en día existe consenso acerca de que sus alcances no se circunscriben a las garantías como dispositivos de carácter procesal. Es decir que el Poder Ejecutivo también puede suspender el ejercicio de ciertos derechos, siempre que la necesidad de la suspensión esté vinculada con las causas que dieron lugar a la sanción del estado de sitio. Joaquín V. González describe su ámbito con claridad, el que coincide en líneas generales con el estado actual de la jurisprudencia. En efecto, afirma que se suspenden “sólo aquellas garantías y los derechos civiles y políticos de las personas, en cuanto concurren a repeler el ataque o suprimir la conmoción interna”.

Es bien claro que de la expresión “quedando suspendas allí las garantías constitucionales” no puede inferirse que los poderes del Estado pueden dictar normas que desconozcan los derechos consagrados en la Constitución, ni que pueda lesionarse el principio de división de poderes. El estado de sitio no crea poderes, permite sí que se dicten medidas de seguridad. Desde nuestro punto de vista, ellas pueden estar vinculadas exclusivamente con los derechos de reunión y de circulación, y de huelga, relacionado en algunos casos con el primero. Es cierto que se ha avanzado, alegando el estado de sitio sobre otros derechos, especialmente sobre el derecho de asociación y la libertad de expresión. No obstante, los justificativos expuestos han sido inconsistentes, dado que los poderes políticos, en todos los casos, han sido deficientes en demostrar que el ejercicio de estos derechos creara un peligro social *concreto, inminente y grave*. Se ha tratado de medidas persecutorias que en algunas ocasiones no han encontrado dique de contención en el Poder Judicial.

La declaración del estado de sitio sólo puede suspender aquellos derechos en la medida en que su ejercicio pueda crear un peligro concreto, inminente y grave para la preservación del orden constitucional y para las autoridades creadas por aquél. En los hechos, significa un acrecentamiento de las facultades del Poder Ejecutivo; en consecuencia, es el Poder Judicial el que debe acotar el ámbito de las medidas restrictivas y determinar si el ejercicio de los derechos genera un peligro real.

En una primera etapa, la Corte Suprema estableció que el estado de sitio implicaba la suspensión de todos los derechos reconocidos en la Constitución. En el caso “Bertotto” (“Fallos”, 160:104, 1931), en el que se trataba la clausura de un periódico y de la imprenta donde se editaba, fue expresa en este sentido:

“El estado de sitio importa la suspensión de *todas las garantías constitucionales* y entre ellas la de libertad de imprenta y de trabajo que se dicen afectadas en el *sub lite*, siendo del Poder Ejecutivo exclusiva la facultad de juzgar sobre la oportunidad de adoptar las medidas o restricciones respectivas en salvaguarda del orden público sin otra limitación en cuanto a las personas que las expresadas en el art. 23...”. La Corte había dejado a salvo la inmunidad de arresto de los legisladores (caso “Alem”, “Fallos”, 54:432, 1893), en cuanto ella era sustancial para la preservación de la división de poderes.

A partir del caso “Sofía” (“Fallos”, 243:504, 1959), comenzó una apertura hacia el control de razonabilidad de las restricciones fundadas en el estado de sitio. Las medidas podían ser dejadas sin efecto cuando fueran manifiestamente irrazonables, “es decir, cuando impliquen medios que no guarden relación alguna con los fines del art. 23”. No obstante, en este caso se decidió la constitucionalidad de la prohibición de una reunión decidida por el jefe de la Policía Federal, recordando que durante el estado de sitio “entre los derechos que suelen ser más afectados se encuentra precisamente el de reunión, a fin de que el orden y la tranquilidad pública deban ser mantenidos”.

Durante este período, el juez Boffi Boggero y luego Marco A. Risolía decidieron que en materia de prensa era necesario verificar el material para poder establecer su eventual peligrosidad (casos “Sauce Almagro”, “Fallos”, 252:244, 1962; “Ojo”, “Fallos”, 267:66, 1970; “Primera Plana”, “Fallos”, 267:72, 1970). Más tarde, la Corte aceptó este criterio minoritario en el caso “Mallo” (“Fallos”, 282:393, 1972), que trató sobre la prohibición de exhibición de la película “Ni vencedores ni vencidos”. En esta sentencia, con la disidencia del ministro Luis Cabral, el tribunal evaluó tanto los motivos que habían dado lugar a la declaración del estado de sitio como el contenido del material, cuya proyección en privado ordenó para mejor proveer. En 1975, la Corte Suprema, en el caso “Crónica” (CS, diciembre 11-975, “L.L.”, 1976-A-238), decidió que las medidas que se tomaran en virtud del estado de sitio *debían limitarse razonablemente en el tiempo*. En esta ocasión, el voto concurrente de Ricardo Levene (h.) sostuvo que en todos los casos es necesario de determinar si la medida respondió a causas de necesidad pública, “pues solamente es la necesidad o peligro social concreto inminente y grave el que permite justificar el ejercicio de poderes excepcionales y ponderar la amplitud y grado en que puede emplearse este modo de legítima defensa social, comparable

en sus requisitos y efectos con el empleo del derecho de **defensa** propia por el individuo”.

Es preciso recordar que el inc. 2 del art. 27 del Pacto de San José de Costa Rica dispone que las medidas que se adopten en virtud de la emergencia no autorizan la suspensión de: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el principio de legalidad y de retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

8. Atribuciones del presidente respecto de las personas.

La segunda parte del art. 23 dispone: *“Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas”*.

La primera frase constituye una aplicación al estado de emergencia de lo que dispone el art. 109 de la Constitución (antes, 95, sin reformas): “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. Es una ratificación de los principios de división de poderes que vedan al presidente emitir decisiones judiciales.

También está vinculado con el art. 29 que, al decir de José Manuel Estrada, “está escrito con sangre de los argentinos” (*Curso... t. II, p. 32*), y que dispone: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

El art. 23 concluye diciendo: *“Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”*.

1) El primer comentario que merece esta última frase del art. 23 es que la facultad de disponer los arrestos es exclusiva e

indelegable del presidente de la República. No obstante, durante la dictadura militar fueron convalidados arrestos dispuestos por el Ministerio del Interior y aun por autoridades militares. En el caso "Granada", que hemos citado, el tribunal expuso con claridad que constituía un supuesto de ilegitimidad del arresto que el presidente hubiera hecho una delegación en funcionarios inferiores.

2) Conforme al texto constitucional, puede sostenerse que la garantía en relación con los arrestos se concreta sustancialmente en el ejercicio de la opción de "salir fuera del territorio argentino". La jurisprudencia ha evolucionado en este sentido.

El primer caso clásico fue el de Hipólito Yrigoyen, en el que la Corte expresó: "Este tribunal ha establecido, conforme con difundidos principios de doctrina y jurisprudencia, que el estado de sitio importa la autorización de arrestar sin causa legal ordinaria o autorización del juez competente, para cuyo efecto la Constitución ha suspendido aquellas garantías de que, sin el estado de sitio, gozan las personas; poder y facultad discrecionales, limitados, sin embargo a arrestar o trasladar las personas si no prefieren salir del país..." ("Fallos", 158:391, 1930). Es decir que estableció en forma inequívoca que la orden de arresto era irrevisable en sede judicial. En el caso "Trossi" ("Fallos", 247:528, 1960), la Corte reiteró la no justiciabilidad de los arrestos: "está vedado a los jueces sustituir al presidente de la Nación en la apreciación del acierto o del error, de la justicia o injusticia, de las medidas transitorias de defensa que él estime adoptar en ejercicio de atribuciones que el art. 23 de la Constitución le acuerda privativamente".

A partir del caso "Zamorano" ("Fallos", 298:441; "L.L.", 1978-A-471), la Corte reconoció que "está sujeta a control jurisdiccional la aplicación concreta de los poderes de excepción del presidente en relación con el arresto" y solicitó que el presidente de la Nación informara sobre la "pertinencia entre las razones de la detención y las causas del estado de sitio", considerando que eran insuficientes los informes dados por el Ministerio del Interior.

En el primer caso "Timmerman" ("Fallos", 300:806, 1978; "L.L.", 1978-C-586), el tribunal explicitó sus facultades afirmando que "el Poder Ejecutivo Nacional tiene la obligación y asume la responsabilidad de ejercitar en cada caso razonada y razonablemente los poderes de excepción que le confiere el art. 23 de la Constitución", recordando que "el examen de razonabilidad puede abarcar un doble aspecto: a) la relación entre la garantía afectada y el estado de conmoción interior y b) la verificación de si el acto

de autoridad guarda adecuada proporción con los fines perseguidos mediante la declaración del estado de sitio”.

En la sentencia emitida en “Granada”, el tribunal —con cita de “Timmerman”— ratificó la posibilidad de un control de razonabilidad, pero deslizó la siguiente salvedad: “Empero, es de advertir que la jurisprudencia de la Corte que admite el control de razonabilidad de las medidas de arresto fundadas en el estado de sitio lo hace a título excepcional y limitada a los supuestos de arbitrariedad en el ejercicio de las facultades pertinentes”. Se subraya así que es preciso distinguir el control respecto del arresto —cuyo marco de protección lo constituye la opción de salir del territorio— con el control respecto de las limitaciones en el ejercicio de los demás derechos constitucionales.

9. La opción de salir del territorio argentino.

La opción para “salir del territorio argentino” significa la garantía básica correlativa al *poder* del presidente para *arrestar* o *trasladar* a las personas de un punto a otro de la Nación. Por eso, esta garantía debe ser interpretada de la forma más amplia. El verbo *preferir* (*pre-fare*) implica una opción previa entre dos posibilidades. Por ello, resulta acertado lo que expresa Ekmekdjian (*Tratado...*, t. II, p. 651) acerca de que la opción para salir del país debe hacerse efectiva en forma inmediata y que toda prolongación más allá del tiempo necesario para tramitar la salida convierte al arresto en una pena, lo que viola la prohibición del art. 23. También son inconstitucionales todas las reglamentaciones que tiendan a restringir el derecho de opción, como las que fueron dictadas bajo presión militar desde 1963⁴.

La “preferencia” debe manifestarse ante el Poder Ejecutivo, aunque desde nuestro punto de vista no es inconstitucional que la reglamentación establezca que debe hacerse ante un secretario de Estado, en el caso, el ministro del Interior. En el caso “Alvear” (“Fallos”, 167:267, 1933), la Corte determinó —con criterio que estimamos desacertado— que la opción para salir del país no implicaba el derecho de radicarse en cualquier lugar y que esto

⁴ En 1963, el presidente en ejercicio José María Guido dictó el dec.-ley 4200; en los años 1975 y 1976, Isabel Martínez de Perón, en su carácter de presidente de la Nación, dictó los decs. 807/75 y 6422/76. La dictadura militar que asumió en 1976 reguló la opción mediante las actas institucionales del 24 de marzo de 1977 y del 1 de septiembre de 1977, y las leyes *de facto* 21.449 y 21.650.

dependiera de la elección del interesado: “El derecho de opción no puede ser más absoluto en el modo de hacerlo efectivo que cualquiera de los otros derechos asegurados por la Constitución, que si bien no pueden ser alterados por las leyes, pueden ser reglamentados en su ejercicio (arts. 28 y 67, inc. 28)”. Como recuerda Linares Quintana, “bastaría designar un lugar inaccesible para el detenido por su distancia, dificultades de comunicación o cualquier otra circunstancia, para que la opción fuera letra muerta y la libertad individual quedara a merced de la autoridad por tiempo indefinido, sin proceso, orden de juez competente, ni posibilidad de defensa” (*Tratado...*, t. V, p. 480). Es preciso recordar que el Tratado de Montevideo establece en su art. 16 que “el asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos, pero la Nación de refugio tiene el deber de impedir que los asilados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública de la Nación contra la cual han delinquido”.

Desde la finalización de las secuelas del golpe militar de 1930 hasta 1963, la Corte se mostró celosa del derecho de opción. Fue reiterada la jurisprudencia en el sentido de que “es de aplicación durante el estado de sitio la última parte del art. 23 de la Constitución a todas las personas que habiten dentro del territorio de la República sea cual fuere su nacionalidad o residencia” (caso “Guggiari”, CS, julio 24-944, “L.L.”, 35-411). El tribunal también afirmó “que los malos antecedentes del recurrente, que no está sometido a proceso, no obstan a su salida del país, de acuerdo con la opción formulada (art. 23, Constitución Nacional), como lo podría hacer en épocas normales; al contrario, el alejamiento de los delincuentes comunes es beneficioso para la tranquilidad pública” (“De Biase”, CS, mayo 16-945, “L.L.”, 38-754).

En general, durante el gobierno militar la Corte convalidó las restricciones impuestas por las leyes de facto, que permitían al Poder Ejecutivo denegar el derecho a “salir del territorio argentino”. En el caso “Tizio” (CS, diciembre 15-977, “L.L.”, 1978-A-473), decidió expresamente y sin más argumentos ni fundamentos que “la opción quedó sin efecto dada la suspensión de ese derecho que la Junta de Comandantes dispuso”.

El derecho de opción ha sido respetado durante los últimos doce años de régimen republicano. La ley de *habeas corpus* 23.098 dispone que “cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de *habeas corpus* podrá tender a comprobar en el caso concreto: ...4. *El efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del art. 23*”.

Es decir que se habilita expresamente el *habeas corpus* para aquellos casos en los que la opción pudiera ser denegada, en los que se establezcan obstáculos respecto del destino elegido o en los que se postergue su otorgamiento.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Emergencias económicas:

- Carlos E. Colautti, *Los derechos patrimoniales durante la emergencia*, "L.L.", 1991-E-1359.
 — *Atribuciones presidenciales durante la emergencia*, "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1991-I y II, p. 36.
 Lazzarini, José Luis, *La emergencia en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, "L.L.", 1991-E-1467.
 Mario R. Midón, *Poder Ejecutivo vs. Poder Judicial ¿quién se equivocó menos?*, "Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional", n° 70, p. 8.
 Alberto A. Spota, *La división de poderes en la emergencia*, "Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional", n° 70, p. 4.

Estado de sitio:

- Eduardo Gregorini Clusellas, *Estado de sitio*, Ed. Depalma, 1987.
 Guillermo Molinelli, *Presidente, Congreso y estado de sitio en la Argentina*, "L.L.", 1989-B-1092.
 Miguel M. Padilla, *Estado de sitio y control de razonabilidad*, "L.L.", 1986-B-214.
 Pablo A. Ramella, *Estado de sitio*, "L.L.", 1977-B-777.
 Néstor Pedro Sagüés, *Nuevo Régimen del "Habeas Corpus"*, "L.L.", 1985-B-891.
 — *Control judicial de la declaración del estado de sitio y de los arrestos consecuentes*, "L.L.", 1986-A-69.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Alberdi, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la organización política de la República Argentina*, Ed. Sudamericana, 1969.
- *El crimen de la guerra*, Ed. y Librería Los Creadores, 1984.
- Badeni, Gregorio, *Derecho Constitucional*, Ed. Ad-Hoc, 1993.
- Bidart Campos, Germán, *Derecho Constitucional de Poder*, Ed. Ediar, 1967.
- *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, “La reforma constitucional de 1994”, Ed. Ediar, 1994.
- Bidegain, Carlos María, *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Abeledo-Perrot, 1981.
- Bielsa, Rafael, *Estudios de Derecho Público*, Ed. Depalma, 1952.
- Colautti, Carlos E., *Proyectos Constitucionales Patrios*, Ediciones Culturales Argentinas, 1983.
- *El Pacto de San José de Costa Rica*, Lerner Libreros, 1989.
- *Derechos Humanos*, Ed. Universidad, 1995.
- Corwin, Edward S., *The Constitution and what it means today*, Princeton University Press, 1978.
- Dromi, Roberto, y Menem, Eduardo, *La Constitución Reformada*, Ediciones Ciudad Argentina, 1994.
- Ekmekdjíán, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Depalma, 1994.
- Estrada, José Manuel, *Curso de Derecho Constitucional*, en *Obras Completas*, ts. VI a VIII, Buenos Aires, 1902.
- González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Ed. Estrada, 1971.
- González Calderón, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Guillermo Kraft, 1942.
- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1949.
- Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Ed. Alfa, 1962.
- *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ed. Abeledo-Perrot, 1970.
- Midón, Mario A. R., *Apuntes de la Constitución*, Ed. Manuel Lerner, 1989.
- Miller, Jonathan; Gelli, María Angélica, y Cayuso, Susana, *Constitución y Derechos Humanos*, Ed. Astrea, 1991.
- Natale, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Ed. Depalma, 1995.
- Padilla, Miguel, *Constitución de la Nación Argentina*, Ed. Abeledo-Perrot, 1994.
- Pérez Guilhou, Dardo y otros, *Atribuciones del Congreso Argentino*, Ed. Depalma, 1986.

- *Derecho Público Provincial*, Ed. Depalma, 1993.
- *Atribuciones del Presidente Argentino*, Ed. Depalma, 1986.
- Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978.
- Ramella, Pablo, *Derecho Constitucional*, Ed. Depalma, 1982.
- Ravignani, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*.
- Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Ed. Eudeba, 1974.
- Sabsay, Daniel, y Onaindia, José M., *La Constitución de los Argentinos*, Ed. Errepar, 1994.
- Sagüés, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, 1993.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Ed. Tea, 1983.
- Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, The Foundation Press Inc., 1988.
- Vanossi, Jorge Reinaldo, *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Ed. Eudeba, 1982.
- *Teoría Constitucional*, Ed. Depalma, 1976.
- Varela, Luis V., *Historia Constitucional de la República Argentina*, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, 1910.
- Zarini, Helio Juan, *Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, 1992.

Se terminó de imprimir en el mes de marzo de 2004,
en los **Talleres Gráficos EDIGRAF S.A.**,
Delgado 834, Ciudad de Buenos Aires, Argentina.